

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO
NECESSÁRIO NA SUCESSÃO

ALICE TEODOSIO DOS SANTOS CARDOZO

Rio de Janeiro
2018/ 2º SEMESTRE

ALICE TEODOSIO DOS SANTOS CARDOZO

**O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO
NECESSÁRIO NA SUCESSÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Elisa Costa Cruz.

Rio de Janeiro

2018/ 2º SEMESTRE

C268a Cardozo, Alice Teodosio dos Santos
 O abandono afetivo como causa de exclusão do
 herdeiro necessário na sucessão / Alice Teodosio
 dos Santos Cardozo. -- Rio de Janeiro, 2018.
 63 f.

 Orientadora: Elisa Costa Cruz.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

 1. Exclusão sucessória. 2. Abandono afetivo. I.
 Cruz, Elisa Costa, orient. II. Título.

ALICE TEODOSIO DOS SANTOS CARDOZO

**O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO
NECESSÁRIO NA SUCESSÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Elisa Costa Cruz.

Banca Examinadora:

Professora Dra. Elisa Costa Cruz

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/ 2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, eu agradeço a Deus, Criador de Tudo o Que É, por guiar os meus passos e me amparar nos momentos que acreditava não mais conseguir.

Sou grata a minha família, minha base. Foram as batalhas diárias enfrentadas pelos meus pais que me deram força para prosseguir a minha jornada. Além disso, agradeço a minha irmã, meu exemplo de luta e perseverança, que me fez acreditar que meus sonhos podiam se tornar realidade.

Ademais, agradeço à gloriosa Nacional, que me proporcionou um vasto conhecimento jurídico, o desenvolvimento de um pensamento crítico, o aprendizado com grandes mestres e, principalmente, por trazer amigos que levarei para o resto da vida.

Agradeço ainda aos meus colegas do Tribunal de Contas da União por tornarem mais leve essa etapa final, e, em especial ao Auditor Mauro Borges, por ser um verdadeiro mentor pra mim.

Gratidão!

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade demonstrar a possibilidade de o abandono afetivo ser uma das causas de exclusão do herdeiro necessário da sucessão. Em oposição ao entendimento majoritário, que defende a taxatividade das causas de indignidade e deserdação previstas no Código Civil de 2002, o estudo em questão defende uma interpretação extensiva em virtude da leitura sistêmica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Carta Magna, diante das transformações sociais, trouxe uma nova concepção de família com base no princípio da afetividade. Nesse sentido, o Direito Sucessório, que está atrelado ao Direito de Família, precisa se adequar a essa nova realidade para reconhecer que o direito de herdar não é absoluto e caso o herdeiro necessário rompa com o laço afetivo, deixando de cumprir os deveres familiares constitucionalmente previstos, este não mais fará jus ao benefício de receber a herança. Ressalta-se que tal questão já vem sendo discutida pelo Poder Legislativo por meio do Projeto de Lei 118/2010, que propõe mudanças nas causas de exclusão sucessória, reconhecendo como uma de suas hipóteses o rompimento do laço afetivo. Por fim, ante a estagnação da votação do referido projeto de lei e, consequentemente, a lacuna legislativa, é possível que o Poder Judiciário amplie as causas de exclusão sucessória como se verifica em alguns julgados por meio de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, sem se ater a literalidade.

Palavras-chave: Família; Afetividade; Sucessões; Herdeiro necessário; Indignidade; Deserdação.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the possibility of affective abandonment as one of the exclusion causes to the inheritor within the succession process. In opposition to the majority understanding, that defends an exhaustive list for indignity and disinheritance causes, with provision in the Civil Code/2002, the study defends an extensive interpretation considering a systemic reading of the Brazilian Constitution/1988. In view of social transformations, the supreme law brought a new conception of family based on the principle of affectivity. Thereby, the inheritance law, which is linked to Family Law, must adapt itself to this new reality in order to recognize that the right to inherit is not absolute. This way, if the inheritor breaks affective links and obligations concerning the family, constitutionally foreseen, the heritage right might be extinguished. It must be emphasized that the Parliament addresses this issue within draft called *Projeto de Lei* 118/2010, which intends to change the causes of inheritance exclusion, recognizing the rupture of the affective link as an hypothesis for it to occur. Finally, because of the Parliament delay to decide about the draft, it is possible that the judges will enlarge the causes of inheritance exclusion during this gap, in a systemic interpretation applied to the law system, as seen in some judgment.

Keywords: Family; Affectivity; Succession; Inheritance; Indignity; Disinheritance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. AS TRANSFORMAÇÕES NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA BRASILEIRA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO	11
1.1. Transformações no Direito de Família brasileiro.....	11
1.2. Relação entre o Direito de Família e o Direito Sucessório	15
2. MODALIDADES SUCESSÓRIAS	18
2.1. Aspectos gerais.....	18
2.2. Sucessão legítima	20
2.3. Sucessão testamentária.....	21
3. FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.1. Da natureza jurídica	25
3.2. Indignidade.....	27
3.3. Deserdação	34
4. POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR ABANDONO AFETIVO ...	42
4.1. A observância dos princípios norteadores do Direito de Família nas causas de exclusão sucessória	42
4.2. O projeto de Lei do Senado nº 118 de 2010	48
4.3. A jurisprudência sobre a exclusão sucessória por abandono afetivo	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar sobre a possibilidade de o abandono afetivo, seja por parte dos ascendentes em relação aos seus descendentes ou vice-versa, bem como nas situações entre o testador e os seus legatários, ser uma das causas de exclusão na sucessão. Desde já, salienta-se que tal possibilidade representaria um avanço não só na legislação, como na jurisprudência, uma vez que tal possibilidade somente passou a ser ventilada a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Para tanto, faz-se mister apresentar, inicialmente, alguns conceitos de institutos jurídicos, os quais, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho, estão intrinsicamente ligados. São exemplos: família, afetividade, herdeiro, legatário, sucessão legítima, sucessão testamentária, dentre outros.

Em relação ao conceito de família, é importante ressaltar a sua evolução ao longo da história, tendo como marco o momento que o Homem deixa de ser nômade. Cumpre observar que essa digressão a respeito do conceito de família se deve ao fato do Direito das Sucessões ter suas raízes nesta. A família é uma realidade sociológica, a qual ao longo da história recebeu as mais variadas funções, a saber, biológica, religiosa, política e econômica. Por esse motivo, o legislador encontra dificuldades de expressar em seu texto a definição exata de família em razão da constante transformação social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe significativas mudanças ao Direito de Família. O novo ordenamento constitucional estabeleceu direitos fundamentais a serem observados em todas as relações jurídicas, inclusive naquelas entre particulares. Nesse sentido, o principal desses direitos é a dignidade da pessoa humana, implicando em um novo conceito de família, no qual o afeto tornou-se o princípio-base das novas relações familiares.

A ausência de afetividade poderá descaracterizar a entidade familiar, não bastando apenas a existência de laços consanguíneos ou mesmo exclusivamente a provisão de bens materiais, devendo ir além, considerando os demais deveres familiares de cuidado, atenção,

convivência familiar, educação, proteção contra negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Vale ressaltar, o Direito de Família tem íntima ligação com o Direito Sucessório. Isso porque existe uma fração da herança destinada aos herdeiros necessários, quer dizer, integrantes do núcleo básico da família do falecido. Desse modo, as mudanças no conceito de família ao longo da história da ordem jurídica causaram reflexos significativos no Direito Sucessório, a exemplo da proibição de tratamento diferenciado entre os filhos, sejam eles frutos da relação matrimonial ou extraconjugal; bem como a equiparação da união estável com o casamento a partir da nova ordem constitucional.

Todavia, algumas questões do Direito Sucessório permaneceram inalteradas diante da realidade social, deixando de acompanhar a atual tendência do Direito de Família. Uma delas reside no âmbito das causas de exclusão sucessória, como a indignidade e a deserdação. Isso porque a taxatividade do rol que trata desses institutos demonstra o não reconhecimento por parte do Direito da Sucessão da nova conceituação de família. Tendo em vista que o herdeiro necessário fará jus à herança, pelo simples fato de tal situação estar expressa em lei, pouco importando se esse indivíduo possuía um vínculo afetivo com o autor da herança.

Portanto, é possível constatar que, apesar do afeto ser a pedra angular do atual conceito de família, o Direito Sucessório não admite o abandono afetivo como uma das hipóteses de exclusão do herdeiro necessário, negando a existência do próprio Direito Constitucional como hoje se conhece.

A título de estruturação, no primeiro capítulo serão abordadas as transformações no Direito de Família brasileiro e a sua relação com o Direito Sucessório. No segundo capítulo, serão apresentados os aspectos gerais das modalidades sucessórias. No terceiro capítulo serão analisadas as formas previstas de exclusão da sucessão. Por fim, no quarto capítulo será analisada a possibilidade do abandono afetivo como causa de exclusão da sucessão à luz do princípio da afetividade, demonstrando o posicionamento jurisprudencial e um projeto de lei em tramitação acerca do tema.

Para a realização do trabalho monográfico foi utilizado o método analítico-dogmático jurídico e como técnica, a revisão bibliográfica. Em breves palavras, esse método consiste na análise crítica das disposições legais e do entendimento jurisprudencial tradicional acerca do tema em questão, com fundamento em uma doutrina mais vanguardista e nos princípios gerais do Direito e nos costumes que se alteram naturalmente no decorrer da história da sociedade, tendo em vista as transformações sociais, econômicas, políticas, tecnológicas e culturais. O tema foi desenvolvido a partir do referencial teórico e do estudo das normas vigentes, em consonância com os princípios constitucionais.

1. AS TRANSFORMAÇÕES NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA BRASILEIRA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO

1.1. Transformações no Direito de Família brasileiro

Inicialmente, os grupos familiares eram formados, essencialmente, pelo vínculo biológico, com objetivo de procriação e preservação da espécie. Ao longo da história, a família foi ganhando novas finalidades, adquirindo também a função religiosa, sendo o principal meio de propagação e perpetuação do culto religioso. Além disso, havia o cunho econômico da entidade familiar, no qual os seus membros representavam força de trabalho. Por fim, a família também teve função política, pois era comandada por um chefe patriarcal, configurando-se como uma "pequena pátria", ao serviço da grande pátria.¹

Na visão de Maria Berenice Dias, a família é uma construção cultural², por isso o seu conceito se reinventa de acordo com o momento histórico. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar, haja vista se tratar do primeiro agente socializador do ser humano. Dessa forma, a família é considerada a base da sociedade, conforme determina o art.16, 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É cediço que os fatores originários da família primitiva são relevantes, porém, por se tratar de um tema extenso, o mesmo mereceria um estudo tão somente a ele direcionado. Desse modo, o presente trabalho, a título de contextualização, inicia a sua origem histórica com a evolução do Direito de Família brasileiro.

Segundo o jurista Paulo Lôbo, existem momentos marcantes no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao Direito de Família, são eles: I – do Direito de Família religioso vigente desde a Colônia até o Império (1500-1889); II – do Direito de Família laico, instituído com o advento da República (1889) o qual perdurou até o fim da ditadura militar (1988); III – do Direito de Família igualitário e solidário, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.27.

³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40.

O modelo inaugural foi marcado pela ascensão do Cristianismo, na qual somente era reconhecida como família aquela decorrente do casamento católico, haja vista ser essa a religião oficial tanto na Colônia, quanto no Império. Cumpre esclarecer que, em ambos os períodos, o Direito Português, em especial as Ordenações do Reino, imperava em solo brasileiro. Aliás, o referido ordenamento remetia ao direito canônico quanto às matérias de família, perpetuando essa duplicidade jurídica na Constituição de 1824, quando o Brasil se tornou independente.

Desde a Colônia até o Império, o casamento era indissolúvel, com o fundamento na máxima católica: “o que Deus uniu o homem não separa”⁴ (Mt. 19:6). Com isso, os demais arranjos familiares formados à margem do casamento não recebiam qualquer proteção jurídica. Inclusive era cabível a distinção entre filhos legítimos – frutos do casamento – e os ilegítimos – frutos de relações extramatrimoniais, os quais não podiam ser reconhecidos, sendo excluídos de qualquer direito como forma de punição ao ato pecaminoso, conforme previa expressamente o art. 358 do Código Civil de 1916.

Não obstante, tratava-se de um modelo patriarcal de família, no qual o homem exercia o controle sobre a sua mulher – considerada relativamente incapaz - e sobre os seus filhos. Nesse momento, estimulava-se a procriação com a finalidade de aumentar a produção e, conseqüentemente, a renda. Logo, a família era solidificada em bases patrimoniais.

Em 1889, com a proclamação da República e, posteriormente com a Constituição brasileira de 1891, o Estado passa a ser laico, retirando a competência do Direito Canônico de regulamentar as relações familiares. Todavia, somente em 1934, com o advento do Estado Social Brasileiro e a consagração dos direitos fundamentais de 2ª dimensão - os direitos sociais-, que a Constituição passou a tutelar o Direito de Família.

Com a Constituição de 1934, o sistema jurídico brasileiro passou a regulamentar a família, instituição essencial à sociedade. Porém, o Código Civil vigente, Lei n. 3.071/1916, ainda era fundado sob o aspecto matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, heteroparental e biológico, como função de reprodução. Dessa forma, o legislador ordinário percebendo as

⁴ BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

novas realidades sociais da família foi, ao longo dos anos, promovendo reformas e alterando, ainda timidamente, a concepção de família.

No âmbito legislativo, alguns diplomas legais, apesar de apresentarem ressalvas, contribuíram para o início da transformação do modelo tradicional de família. Primeiramente, a Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) passou a assegurar à mulher casada a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho, mitigando a capacidade relativa então em vigor. Em seguida, a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) garantiu às pessoas separadas de fato o direito de contraírem novo matrimônio, no entanto trazia sanções ao intitulado como culpado pelo fim da união.

Entretanto, as alterações jurídicas significativas na concepção de família apenas começaram a ocorrer com a Constituição de 1988, ao tornar a dignidade da pessoa humana um princípio constitucional, sendo o afeto um de seus desdobramentos. Apesar do texto constitucional não conter expressamente a palavra afeto, ele prevê em seu art. 226 o tratamento igualitário entre as famílias decorrentes do casamento e aquelas derivadas da união estável. Por isto, a afetividade que une e enlaça duas pessoas passou a ser reconhecida e inserida no sistema jurídico.⁵

Não obstante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, em especial, na sociedade conjugal, substituindo o até então denominado pátrio poder centralizado no homem para o exercício por ambos os pais, bem como a igualdade entre filhos de qualquer origem. Por conseguinte, foi consolidada a natureza afetiva, igualitária e solidária da família e de seus membros.

Cumprе esclarecer que o rol previsto no art.226 da CRFB/88 sobre as formas de família é *numerus apertus*, permitindo o reconhecimento de outros modelos familiares. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, entendeu que as uniões homoafetivas deveriam ser consideradas formas de famílias, recebendo a mesma proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável.

⁵DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.72.

O novo Código Civil de 2002 já nasceu ultrapassado, pois seu projeto foi elaborado em 1975, ou seja, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, configurando um assincronismo com o atual sistema jurídico. Assim, por não ter trazido novidades significativas, necessitou ser adequado às determinações previstas na Carta Magna, como por exemplo, a inclusão do divórcio como causa terminativa da sociedade conjugal e o reconhecimento da união estável. Inclusive, segundo Maria Berenice Dias, “talvez o grande ganho dessa compilação foi ter excluído expressões e conceitos que causavam grande mal-estar”.⁶

É possível notar que o conceito de família decorre de um fato social em constante transformação. Porém, tal mutação não pode ser utilizada como justificativa para que a lei não acompanhe as mudanças sociais. Principalmente, diante da constitucionalização do Direito Civil, a qual determina um novo parâmetro interpretativo às relações familiares, utilizando como definidor dessa relação o afeto. Por conseguinte, havendo um descolamento entre a classe política e a sociedade civil, isto é, retração do Legislativo, cabe ao ativismo judicial proporcionar o atendimento das demandas sociais de maneira efetiva.⁷ Veja a seguir o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: APELACAO. ADOCAO. ESTANDO A CRIANCA NO CONVIVIO DO CASAL ADOTANTE HA MAIS DE 9 ANOS, JA TENDO COM ELES DESENVOLVIDO VINCULOS AFETIVOS E SOCIAIS, E INCONCEBIVEL RETIRA-LA DA GUARDA DAQUELES QUE RECONHECE COMO PAIS, MORMENTE QUANDO OS PAIS BIOLOGICOS DEMONSTRARAM POR ELA TOTAL DESINTERESSE. EVIDENCIADO QUE O VINCULO AFETIVO DA CRIANCA, A ESTA ALTURA DA VIDA, ENCONTRA-SE BEM DEFINIDO NA PESSOA DOS APELADOS, DEVE-SE PRESTIGIAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE BIOLOGICA, SEMPRE QUE, NO CONFLITO ENTRE AMBAS, ASSIM APONTAR O SUPERIOR INTERESSE NA CRIANCA. DESPROVERAM O APELO. UNANIME.
(Apelação Cível Nº70003110574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001).

Constata-se que o Poder Judiciário vem considerando como elemento fundamental para a configuração da unidade familiar o vínculo afetivo. Inclusive, a família socioafetiva é

⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.31.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Direito Franca**. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

enaltecida em relação à família biológica, especialmente quando aquela se apresentar mais adequada com base no princípio do melhor interesse do menor, previsto no art. 227 da CRFB/88.

Feitas as exposições acerca da evolução do Direito de Família brasileiro, será abordado no próximo subtópico a relação entre o Direito Sucessório e o Direito de Família, destacando a importância da sincronia entre esses dois ramos do Direito Civil.

1.2. Relação entre o Direito de Família e o Direito Sucessório

O ponto de interação entre o Direito de Família e o Direito Sucessório está nas relações de parentesco, as quais constituem o principal fundamento para o direito de herança. A propósito, sucessão e herança são institutos com características distintas. A herança é o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*.⁸ Enquanto a sucessão, no âmbito jurídico, significa substituição de algo ou alguém por ato *inter vivos* ou ato *causa mortis*, sendo esse último o objeto disciplinado pelo Direito Sucessório.

De acordo com Maria Berenice Dias, o Direito Sucessório tem origem desde que o homem deixou de ser nômade e começou a conservar o patrimônio⁹. Com o falecimento do autor da herança, o patrimônio é transmitido aos seus sucessores, sendo eles principalmente membros de sua família.

No dizer de Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹⁰:

A sucessão *mortis causa*, universal ou singular, objeto do Direito das Sucessões, tem sua origem conexa aos direitos familiares, já que se apresenta, inicialmente, como modo de perpetuação das próprias famílias, em época anterior a um Estado organizado como sociedade política de base territorial.

Nas primitivas famílias romanas, a continuidade dos bens no mesmo grupo familiar era a forma de se perpetuar o culto aos antepassados, impedindo sua extinção com o falecimento do *pater familias*- chefe da família, homem sem ascendente masculino vivo que não se acha

⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.38.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.27.

¹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 3.

subordinado ao poder de ninguém¹¹. A propósito, nos primórdios, era considerado herdeiro, o filho primogênito do sexo masculino¹², o qual assumia não somente as questões patrimoniais, como também o cargo de soberania familiar. Além disto, a mulher não poderia suceder no culto familiar, pois com o casamento ela passaria a adotar o culto da família de seu marido. Some-se a isto, a impossibilidade de renúncia à herança, pois o sucessor tinha o dever de honrar o espírito do falecido.

A morte sem um sucessor e a consequente extinção do culto, conforme a crença romana, traria infelicidade aos mortos¹³. Dessa forma, se o *pater famílias* não possuísse descendentes do sexo masculino designaria um indivíduo não subordinado ao seu pátrio poder como herdeiro. Este seria o novo detentor da soberania doméstica. Logo, esse primitivo testamento tinha, na verdade, a função de uma adoção. Isso porque o homem ali designado passava a ocupar o lugar de filho do falecido, recebendo não só as funções inerentes à governança familiar, bem como a titularidade de todo o acervo correspondente.

Com as mudanças nos costumes da sociedade romana e o enfraquecimento dos cultos religiosos, o *pater famílias* recebeu maiores poderes, podendo dispor de seu patrimônio com ampla liberdade. Em vista disso, era permitido ao testador distribuir a sua fortuna com base no grau de afeição nutrido a pessoas que este considerasse próximas, podendo ser parente de sangue ou não.

Entretanto, a liberdade de testar não era absoluta, a julgar pelo fato de o testador, em razão do dever de afeição, ser obrigado a destinar aos parentes próximos um percentual da herança. Com efeito, a restrição à liberdade de testar permanece até os tempos atuais, seguindo o mesmo fundamento dos romanos, assegurando a preservação da família.¹⁴

A assunção do Estado Romano como único poder soberano, concentrando em suas mãos as funções políticas e sociais, ocasionou o esvaziamento na finalidade da sucessão da família romana, contribuindo para a passagem da sucessão pessoal para a sucessão essencialmente patrimonial.

¹¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p.52.

¹² LIMA, Rubiane de. **Manual de Direito das Sucessões**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.3.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed., v. 6. São Paulo: Atlas, 2013, p.3.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.33.

Ainda assim, a base do Direito Sucessório permanece nos tempos atuais entre os membros da família. Inclusive, o escopo do Direito das Sucessões consiste em proteger e perpetuar a relação familiar, quando da morte de um dos seus membros. Portanto, o Direito Sucessório, por estar intrinsecamente ligado ao Direito de Família, deve seguir em sintonia com o que este dispõe.

Por esse ângulo, segue o entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sobre a necessidade de alinhar o Direito das Sucessões ao Direito de Família¹⁵:

O fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no fator de proteção, coesão e perpetuidade da família.

Ultrapassados os aspectos históricos e a interdisciplinaridade entre esses dois ramos do Direito Civil, o próximo capítulo desenvolverá o estudo sucessório, com enfoque nas modalidades sucessórias.

¹⁵ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões: introdução**. In: ____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

2. MODALIDADES SUCESSÓRIAS

2.1. Aspectos gerais

Com a exposições acerca do Direito de Família, demonstrando a evolução social do seu conceito e a sua relação com o Direito Sucessório, passa-se agora a abordar as questões atinentes ao instituto da Sucessão, trazendo a sua definição, as modalidades sucessórias e como estas se aplicam nas formas de exclusão do herdeiro ou legatário.

No dizer de Flávio Tartuce, o Direito Sucessório é definido como “o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei.”¹⁶ Ou seja, com a morte do titular do patrimônio, esse conjunto de bens, direitos e obrigações prosseguirá com aquele destinado a suceder, sendo, preferencialmente, algum familiar do *de cujus*.

Destarte, para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, o Direito das Sucessões constitui ramo do Direito Civil que tem como finalidade primordial estudar e regulamentar a destinação do conjunto dos bens da pessoa física ou natural em decorrência do seu falecimento, “momento em que se faz cabível ao sistema jurídico escolher a quem e de que modo os objetos respectivos serão entregues, de modo a evitar que os bens do falecido não restem abandonados, em contrariedade à sua importante função social.”¹⁷

O momento de abertura da sucessão se dá com o evento morte e, em virtude do princípio da *saisine*, originário do direito Francês, a transmissão do patrimônio acontece imediatamente, nos termos do art.1.784 do Código Civil de 2002 (CC/02). No entanto, a posse direta dos bens herdados ocorre em momento posterior, com a partilha, conforme art.1.791, parágrafo único c/c art.2.023 ambos do CC/02.

Para identificar o destinatário da herança, é preciso, inicialmente, saber o tipo de sucessão do caso concreto. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece duas modalidades

¹⁶ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 111.

¹⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.16-19.

sucessórias no art. 1.786 do CC/02, quais sejam: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Do ponto de vista de Gonçalves, a sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil¹⁸, pois os brasileiros sentem receio de realizar um testamento e atrair para si a sombra da morte.¹⁹ Em contrapartida, ao analisar o sistema normativo brasileiro, nota-se a subsidiariedade da sucessão legítima, haja vista que ela apenas será aplicada se e quando não existir testamento válido.

Desta forma, havendo testamento, o autor da herança irá nomear aqueles que receberão seu patrimônio. No entanto, alguns herdeiros, via de regra, não podem ser afastados do testamento. Esses são os herdeiros necessários, previstos em lei e com direito a uma quota da herança. Caso o *de cujus* não possua herdeiros necessários, nem tenha realizado testamento, seu patrimônio será transmitido aos herdeiros facultativos: parentes colaterais até o quarto grau, conforme art.1829, IV c/c art. 1.850 ambos do CC/02. Por último, se nem herdeiros facultativos houver, a herança será considerada jacente e, depois de declarada sua vacância, o acervo será atribuído ao ente federativo do local onde o bem se encontra.

Aliás, uma diferença entre as modalidades sucessórias está na destinação dos bens da herança. Para a maior parte da doutrina, a sucessão legal ocorre sempre a título universal. Isto é, sendo o sucessor necessariamente um herdeiro, pois ele assume o lugar do autor da herança. Destarte, cabe a ele assumir os direitos que lhe foram transmitidos em face da morte do hereditando. Por outro lado, na sucessão testamentária pode haver como beneficiário herdeiro e/ou legatário, sendo, nesta última hipótese, uma sucessão singular, no qual o sucessor recebe, por meio de testamento, bem certo e determinado.

Insta salientar, a existência de um testamento válido não exclui a sucessão legal. No Direito Romano e em séculos posteriores era previsto o brocardo: “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decidere potest*”, quer dizer, ninguém podia morrer em parte testado e em parte intestado. Dessa maneira, se alguém deixasse um testamento, mesmo parcial, a disposição abrangia toda a herança.²⁰ Contudo, na atualidade, os dois tipos de sucessão podem

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.42.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p.123.

²⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16.

perfeitamente coexistir, especialmente quando o testamento não compreender todos os bens do *de cujus* ou quando tenha este deixado herdeiros necessários, formando a sucessão mista.²¹

2.2. Sucessão legítima

A sucessão legítima decorre de lei, também conhecida como sucessão *ab intestato* (sem testamento). Dessa forma, na ausência de manifestação de última vontade do autor da herança, seus bens serão transmitidos a quem o legislador estabelecer como herdeiro, com previsão legal a partir do art. 1.829 e seguintes do CC/02.

A expressão “legítima” é alvo de críticas pela doutrina²², pois advém do antigo ordenamento civil, que discriminava os filhos concebidos dentro da união matrimonial daqueles nascidos fora do casamento. Esses últimos eram denominados ilegítimos, e não podiam ser reconhecidos, conseqüentemente, não podiam herdar, conforme estabelecia o art. 358 o Código Civil de 1916. Aliás, tal vedação se estendia à companheira sobrevivente das relações extramatrimoniais, denominada à época de concubina.

Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 superou tais preconceitos ao reconhecer juridicamente a união estável (art.226, §3º, da CRFB/88) e proibir designações discriminatórias relativas à filiação (art.227, §6º, da CRFB/88), garantindo o direito de herdar desses indivíduos. Por isso, não mais se justifica a nomenclatura sucessão legítima. Inclusive, alguns doutrinadores sugerem o uso da expressão “testamento tácito”, pois presume-se que o autor da herança ao deixar de dispor sobre seus bens, concordou com as pessoas intituladas em lei para receberem o seu patrimônio.²³

Para mais, o legislador utilizou como critério de vocação hereditária o parentesco, optando pela proximidade do vínculo familiar²⁴, segundo as linhas e os graus próximos, respeitando-se a afeição conjugal ou a união estável, vide o art.1.829 do CC/02:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

²¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: Atlas,2017, p.120.

²² WALD, Arnold. **O Novo Direito das Sucessões**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.18.

²³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 112.

²⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense,2015, p.40.

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais

Logo, ocorrerá a sucessão legítima nas situações no qual o autor da herança:possuir herdeiros que, de pleno direito, fazem jus a recolher uma parte dos bens; não dispor de todos os seus bens; ou quando havendo testamento, este for declarado inválido.²⁵

Sem embargo, a existência de herdeiros necessários não implica na obrigatoriedade de recolhimentoda herança. Conforme previsão do art.1.804 do CC/02, ninguém é obrigado a aceitar a herança, podendo renunciá-la. Outra hipótese na qual o herdeiro necessário será afastado é no caso da exclusão sucessória, por meio da indignidade ou da deserdação.

2.3. Sucessão testamentária

É testamentária a sucessão derivada de ato de última vontade do hereditando praticado nas condições estabelecidas em lei por meio do instrumento chamado testamento ou cédula testamentária.²⁶

O testamento configura um negócio jurídico unilateral *mortis causa*, destinado a produzir efeitos após a morte do testador. Caso contrário, se fosse com efeito *inter vivos*, estaríamos diante de um negócio jurídico cujo objeto seria herança de pessoa viva, proibido pelo ordenamento jurídico vigente, nos termos do art. 426 do CC/02. Dessa forma, segue entendimento jurisprudencial:

[...] 2. O exercício do direito de ação para a declaração de indignidade submete-se a fato futuro e certo, a abertura da sucessão, que, por sua vez, se dá com a morte;3. Não há herança de pessoa viva – hereditas viventis non datur - não havendo que se discutir quaisquer de seus termos antes do evento morte; 4. A declaração de indignidade, antes da morte do hereditando, é pleito juridicamente impossível, pois, somente com a abertura da sucessão nasce o direito de ação dos legitimados em demandar a exclusão de herdeiro por indignidade. As situações do art. 1.963 às do art. 1.814 - aplicáveis a ambos os institutos. [...]Recurso conhecido e improvido. Sentença que extinguiu o feito por impossibilidade jurídica do pedido, mantida.

²⁵ Ibidem, p.39.

²⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p.8.

(Apelação nº 20100110943193, 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Relator: Desembargador Alfeu Machado, Julgado em 14/11/2011).

A respeito das características do testamento, está presente a unilateralidade, pois apenas o testador pode efetuar-lo, configurando um ato personalíssimo. Além disso, é gratuito, porque não se admite a cobrança de uma vantagem correspondente. É solene, haja vista a exigência de observar certas formalidades previstas em lei. Por último, é revogável, podendo ser alterado no todo ou em parte para atender a vontade do testador, desde que não ofenda as regras de ordem pública.

O autor da herança tem a liberdade de escolher a modalidade testamentária, haja vista que o Código Civil de 2002 prevê várias espécies de testamento. Uma delas é a ordinária, elaborada por qualquer pessoa capaz, sendo subdividida em: testamento público, cerrado e particular, com previsão nos arts. 1.862 a 1.885 do CC/02. A outra modalidade compreende a categoria dos testamentos especiais, permitidos apenas em circunstâncias particulares, como ocorre com o testamento aeronáutico, o militar e o marítimo, com previsão nos arts. 1.886 a 1.896 do CC/02.

Ambas as formas testamentárias mencionadas anteriormente possuem o mesmo valor, inexistindo hierarquia entre elas. Consequentemente, se eleita uma forma para a elaboração de testamento, é possível revogá-lo por outra modalidade.²⁷ Assim, por exemplo, um testamento público pode ser revogado pelo testamento particular. Aliás, veja um caso concreto no qual foi reconhecida a inexistência de hierarquia entre as modalidades do testamento:

1. Breve histórico: O autor requereu o cumprimento do testamento público ao juízo da Segunda Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília. Afirmou que em 17/03/2008 foi nomeado único herdeiro da falecida mediante escritura de testamento público lavrada pelo Cartório do 3º Ofício de Notas e Títulos de Brasília. 1.1. Sustentou que o testamento realizado por escritura pública não pode ser revogado por testamento particular. 1.2. A sentença deixou de dar cumprimento ao testamento em razão do mesmo ter sido revogado por testamento particular posterior. 1.3. Deixou ainda de condenar o autor em honorários advocatícios por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária. [...] 3.3. No caso, resta incontroversa a existência de testamento particular posterior revogando os testamentos anteriores. 3.4. Não existe hierarquia entre o testamento público e particular. 3.5. Precedente deste Tribunal:

(...) 1. Verificada, no último testamento lavrado pela falecida, a existência de cláusula revogando todo e qualquer testamento anteriormente lavrado, mostra-se

²⁷AGUIAR, Cláudia Fernanda de; SPERIDIÃO, Lucimara Barreto. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Rev. JurisFIB**, São Paulo, 2013, p. 44.

inviável a ratificação da cédula testamentária apresentada em conformidade com os artigos 1.969 e 1.970 do Código Civil. 2. Recurso de Apelação conhecido e não provido.

(20130110588022APC, Relator: Nídia Corrêa Lima, 3ª Turma Cível, DJE: 04/03/2015). (...)

7. Sentença integralmente mantida.

8. Recursos de apelação e adesivo conhecidos e improvidos.

(Apelação, Processo nº 0009953-23.2017.8.07.0001, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Relator: Desembargador João Egmont, Julgado em: 03 out.2018).

Ademais, o legislador proibiu o testamento conjuntivo ou mão comum, isto é, aquele elaborado por duas ou mais pessoas mediante um só instrumento, conforme dispõe o art. 1.863 do CC/02. Silvio Rodrigues explica: “o Código quis proibir esses testamentos por serem modalidades de pactos sucessórios e por contravirem um dos caracteres elementares do ato de última vontade, que é a sua revogabilidade”.²⁸

Ainda temos o codicilo, que diferentemente do testamento, trata tão somente das disposições de pequeno valor ou de recomendações para serem observadas após o falecimento do autor da herança, como por exemplo, recomendações sobre o próprio velório. Desse modo, o alcance do codicilo é menos abrangente se comparado àquele do testamento, não sendo o meio idôneo para instituir herdeiro ou legatário, efetuar deserdações, legar imóveis ou fazer disposições patrimoniais de valor considerável.²⁹

Todavia, o princípio da liberdade de testar é relativo, porque o titular do patrimônio não pode dispor livremente de todos os seus bens, nem durante a vida, nem para depois da sua morte. Conforme dispõe o art.1.846 do CC/02, o herdeiro necessário é um sucessor universal privilegiado, a quem é garantido o “ofício de piedade”³⁰, sob a denominação de quota legítima ou legitimária, constituída pela metade dos bens do falecido.

Sendo assim, somente a outra metade do acervo, que não é abrangida pela legítima, fica adstrita para a autonomia privada do testador e, caso exceda à metade desembaraçada, as disposições testamentárias serão reduzidas aos limites dela. Por esse ângulo, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

²⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 72.

³⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p.304.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. ROMPIMENTO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. EXISTÊNCIA [...] III. a nulidade das disposições testamentárias que excedem a parte disponível do patrimônio do testador se circunscreve ao excesso, reduzindo-se as disposições testamentárias ao quanto disponível, nos termos dos arts. 1.967 e 1.968. (Recurso Especial nº 1.615.054-MG, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 03/08/2017).

Cabe ressaltar que os herdeiros testamentários podem ser pessoas estranhas à ordem de vocação hereditária, como, por exemplo, o legatário, não necessariamente um familiar do autor da herança. Inclusive, ele pode ser o filho ainda não concebido pelas pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas no momento de abertura da sucessão. Aliás, esse fenômeno é chamado de prole eventual, nos termos do art. 1.799, I, do CC/02. Ainda podem ser contempladas no testamento as pessoas jurídicas, nos termos do art.1799, II e III, do CC/02.

Feitas as devidas considerações acerca das modalidades sucessórias, será analisada no próximo capítulo a exclusão sucessória do herdeiro necessário e/ou legatário. A propósito, a indignidade se situa não somente na sucessão legítima, como também na testamentária. Por outro lado, a deserdação, do ponto de vista formal, pertence tão somente à sucessão testamentária. Contudo, no ponto de vista fático, ela é matéria da sucessão legítima.³¹

³¹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e Deserdação**. São Paulo: Servanda, 2015, p.27.

3. FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 prevê, em determinadas situações, a possibilidade de afastar da herança o herdeiro e/ou o legatário. Tais hipóteses não decorrem apenas da renúncia à herança, abrangendo também a exclusão sucessória, derivada de ato de última vontade do autor da herança ou de previsão legal. Nesse último caso, temos as chamadas penas civis, formadas pela indignidade e pela deserdação.

Destaca-se que os institutos da renúncia, indignidade e deserdação possuem características distintas. Na renúncia, o herdeiro, voluntariamente, declara não desejar a herança a que faz jus e, conseqüentemente, os seus descendentes não herdam por representação, conforme art. 1.810, *caput* do CC/02. Por outro lado, na indignidade e na deserdação, como mencionado anteriormente, há um caráter punitivo e, como a pena não pode ir além da pessoa do apenado (art.5º, XLV da CRFB/88), os descendentes do excluído, em regra, receberão o quinhão em seu nome, em razão do direito de representação, nos termos do art. 1.816, *caput* do CC/02.

Entre as formas de exclusão sucessória também existem diferenças. Enquanto a indignidade pode atingir os herdeiros e os legatários que pratiquem atos desafetuosos, a deserdação se aplica tão somente aos herdeiros necessários. Para mais, os motivos geradores da exclusão sucessória por indignidade, também podem ser aplicados na deserdação, todavia, existem motivos particulares desta não extensivos àquela. Em contrapartida, ambas as penas necessitam de sentença judicial para reconhecer a exclusão do herdeiro em detrimento da prática de conduta reprovável.

3.1. Da natureza jurídica

No tocante à natureza jurídica da indignidade e da deserdação, a maior parte da doutrina³² afirma se tratar de uma sanção civil, no entanto há uma corrente minoritária que defende a natureza jurídica de incapacidade sucessória das hipóteses de exclusão da sucessão.

³² Nessa toada, GOMES, Orlando, cit., p. 32; ALMADA, Ney de Mello, Sucessões, cit., p. 138; GONÇALVES, Carlos Roberto, cf. Direito Civil Brasileiro, cit., p. 112.

Na concepção de Carlos Lasarte, os institutos da indignidade e da deserdação são “incapacidades sucessórias de caráter relativo, referidas em concreto a um causante e não constitui uma qualidade pessoal e geral do chamado a suceder.”³³ Já Washington de Barros Monteiro adotou parcialmente o referido entendimento, ao apontar a indignidade como uma incapacidade para suceder, correspondendo à vontade presumida do *de cujus*, enquanto a deserdação é a grave penalidade.³⁴

Aliás, na ótica de Luiz Antônio Alves Torrano³⁵, a indignidade e a deserdação possuem como natureza jurídica a ausência de legitimação para a aceitação da herança, que, na oportunidade da delação, lhe foi devolvida. Ou seja, o herdeiro afastado verdadeiramente assim o foi por não deter a necessária legitimação para recolher a herança. A ele o quinhão hereditário foi devolvido, mas faltou-lhe legitimação para adi-lo.

Na esteira dos ensinamentos de Orlando Gomes³⁶ confirma-se o entendimento acima exposto, na acepção de ao indigno a herança é devolvida, mas a lei o priva do direito hereditário. *Potest capere sed non retinere*. Efetivamente, no vernáculo diz-se que o indigno herda, mas não retém.

Nada obstante, o entendimento majoritário afirma se tratar de uma sanção civil. Inclusive, para o jurista Marcelo Fortes Barbosa Filho tanto a indignidade, quanto a deserdação são “sanções civis que recaem sobre todo aquele que perpetrou atos ofensivos ao autor da herança.”³⁷ Nesse seguimento, Luiz Paulo Vieira de Carvalho³⁸ entende ambos institutos como penas civis a necessitar de confirmação por sentença judicial, destacando que a indignidade decorre de previsão legal, enquanto a deserdação é provocada pelo hereditando por meio do testamento.

³³ LASARTE, Carlos, cf. **Derecho de Sucesiones**. Madri: Marcial Pons, 13ª. ed., 2018, p. 41-42. E acrescenta, com esteio na legislação espanhola, que, no sistema daquele país, a indignidade (e a deserdação também) “configura uma subespécie de incapacidade”.

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 62.

³⁵ TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit., p. 77.

³⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. Op. cit., p.31.

³⁷ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no Direito Sucessório brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16.

³⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 236, 770 e 771.

Washington de Barros Monteiro³⁹ apresenta a mesma finalidade para ambas as modalidades de exclusão sucessória, qual seja: punir por razões de ordem ética o herdeiro e/ou o legatário que praticou atos de desprezo e menosprezo para com o autor da herança. Portanto, apesar das diferenças entre os institutos e das divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica, o efeito prático na herança é o mesmo, consistindo no afastamento do sucessor culpado, tendo em vista a quebra de afetividade da relação familiar.

3.2. Indignidade

Desde a Antiguidade, a matéria sucessória é regulamentada pelo âmbito jurídico. Porém, o instituto da indignidade encontra vestígios tão somente no Direito Romano. Este ordenamento previa que os bens e pertences ora destinados aos indignos, seriam dedicados ao Império. Era uma forma de punição àquele que havia praticado atos reprováveis socialmente contra o autor da herança, inexistindo relação sucessória entre hereditando e hereditado.⁴⁰

No Brasil Colônia, em obediência às Ordenações do Reino de Portugal, especificamente com referências às Ordenações Filipinas, surgem os primeiros indícios da indignidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim como no Direito Romano, também existia o caráter confiscatório dos bens do indigno, sendo estes destinados ao Império.⁴¹

Todavia, foi com o Código Civil de 1916 que o instituto da indignidade deixa de ter caráter confiscatório e passa a expressar o preceito da pessoalidade da pena, podendo, por essa razão, os sucessores do indigno o representarem na sucessão.⁴²

Com o advento do Código Civil de 2002, o ordenamento anterior - Código Civil de 1916- foi revogado, mas o instituto da indignidade não sofreu mudanças significativas. Isso porque a nova legislação, praticamente, repetiu os antigos dispositivos referentes ao Direito das Sucessões, gerando uma estagnação jurídica em face da realidade social contemporânea.

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 241.

⁴⁰ COSTA, Lucas Cerqueira. **A indignidade no direito das sucessões**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17748 > . Acesso em 17 out. 2018.

⁴¹ Ibidem.

⁴² BIAZZO FILHO, João. **Direito das Sucessões: histórico**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 17 out. 2018.

Para fins conceituais, a indignidade é a pena civil imposta aos herdeiros legítimos, necessários, facultativos, testamentários, bem como aos legatários que praticam algumas das hipóteses previstas no art.1.814 do CC/02, ficando privados do recebimento dos bens da pessoa ofendida, isto é, o autor da herança⁴³.

Para o reconhecimento da exclusão por indignidade, faz-se necessária a propositura de demanda judicial, após o óbito do autor da herança, por terceiro interessado na sucessão. Sendo este coerdeiro, legatário, donatário, fisco, credor prejudicado e até o Ministério Público, conforme nova previsão do art.1.814, §2º do CC/02, incluído pela Lei 13.532/2017. Ressalta-se que para este último possua legitimidade ativa, é preciso estar configurada questão de ordem pública, conforme o Enunciado 116 do CJF/STJ da I Jornada de Direito Civil, ou na hipótese do herdeiro com legitimidade para a propositura da ação ser incapaz ou inexistir⁴⁴. Portanto, a prática do ato ofensivo não subtrai a capacidade sucessória do herdeiro, apenas autoriza a sua exclusão que, no entanto, precisa ser reconhecida judicialmente.⁴⁵

A seguir, serão expostas as hipóteses do art. 1.814 do CC/02 relativas à exclusão da sucessão por indignidade, as quais, inclusive, podem ser estendidas aos casos de deserção:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A primeira causa de exclusão da sucessão é a situação na qual o herdeiro ou legatário atua em crime de homicídio contra o autor da herança ou seus familiares. Salienta-se que, na legislação anterior, apenas era considerada como vítima o autor da herança. Porém, a nova ordem constitucional ao prever especial proteção à família pelo Estado, no art. 226 da CRFB/88, ocasionou uma ampliação no leque de vitimados, passando a abranger o cônjuge ou companheiro, ascendente e descendente do autor da herança.

⁴³NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p.47.

⁴⁴RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 92.

⁴⁵DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 302.

Outrossim, na situação do inciso I do art. 1.814 do CC/02 é necessário que o crime seja doloso, não se admitindo a modalidade culposa, pois a lei exige a vontade livre e consciente de praticar a infração penal. Ademais, apesar de tal dispositivo tratar tão somente do homicídio, há quem defenda a possibilidade de interpretação extensiva, para abranger os delitos contra a vida, como por exemplo, a instigação ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio.⁴⁶

Um exemplo de exclusão por indignidade subsumido no Art.1.814, I, do CC/02 é o conhecido caso de Suzanne Louise Von Richthofen, condenada por participar de homicídio doloso contra os próprios pais. Nesse caso, o seu irmão, Andreas Albert Von Richthofen, foi o legitimado ativo da Ação Declaratória de Indignidade. Ele teve o seu pedido de adjudicação deferido no Processo nº0069536-30.2002.8.26.0002 pela 1ª Vara de Família e Sucessões do II Foro Regional de Santo Amaro – SP, nos seguintes termos:

Vistos. 1-Uma vez transitada em julgado a sentença deste Juízo que determinou a exclusão, por indignidade, da herdeira Suzane Louise Von Richthofen, relativamente aos bens deixados por seus pais, ora inventariados, defiro o pedido de adjudicação formulado pelo único herdeiro remanescente, Andreas Albert von Richtofen. Expeça-se o necessário, à inexistência de custas a serem recolhidas, sempre ressalvado erros, omissões ou prejuízo a terceiros [...]

Cabe destacar que, para fins civis, basta a prova da prática do delito, não sendo necessária a prévia condenação criminal do réu. Tal entendimento é fundamentado com base no princípio da independência das instâncias⁴⁷, no qual as instâncias cível, penal e administrativa, em regra, são independentes. Salvo na hipótese de absolvição do réu na esfera penal em razão de estar provada a inexistência do fato ou negativa de autoria, conforme estabelece o art. 386, incisos I e IV, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Dessa forma, segue o entendimento do jurista Washington de Barros Monteiro⁴⁸:

No direito pátrio, porém, o reconhecimento da indignidade não depende de prévia condenação do indigno no juízo criminal. Não há interdependência entre as duas jurisdições; a prova da indignidade pode ser produzida no juízo cível. Mas, se há sentença no juízo criminal, absolvendo o réu, por não lhe ser imputável o fato, ou por não ter este existido, não mais será possível questionar a respeito no juízo cível, de acordo com o art. 935 do Código Civil de 2002. A sentença criminal produz efeito de coisa julgada e lícito não será reconhecer a indignidade no juízo cível.

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 90.

⁴⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.238.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 64.

A questão divergente na doutrina encontra-se no caso do autor do crime contra o hereditando ser um indivíduo menor de 18 anos, pois ele é penalmente inimputável, sujeitando-se às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), nos termos do art.228 da CRFB/88. Quem considera a indignidade como sanção civil e, diante da incapacidade civil das crianças e dos adolescentes (art.3º c/c art.4º, I, ambos do CC/02), afirma não ser possível reconhecê-los como indignos.⁴⁹ Por outro lado, Sílvio Venosa⁵⁰ chega a afirmar que não seria moral um adolescente se beneficiar de sua menoridade para concorrer na herança do pai por ele assassinado, por exemplo.

A segunda causa de indignidade abrange duas hipóteses, são elas: acusação caluniosa em juízo e o crime contra a honra do autor da herança, ou de seu cônjuge ou companheiro. Aqui a ampliação do sujeito passivo foi menor em comparação ao primeiro inciso, por ser aquele mais grave que este.

Como descrito por Torrano, a acusação caluniosa em juízo consiste “no fato do agente dar causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente⁵¹”. Dessa forma, para caracterizar a acusação caluniosa em juízo, o denunciante de má-fé deve apresentar à autoridade judiciária queixa ou denúncia contra o autor da herança pela prática de um crime, no qual ele tem a plena certeza da inocência do denunciado ou querelado.

Cumprе esclarecer que, apesar da doutrina admitir a acusação caluniosa em qualquer juízo, não é esse o entendimento jurisprudencial. Para o STJ, tal ato deve ocorrer necessariamente em juízo criminal, haja vista o viés punitivo da exclusão sucessória. Nessa continuidade, segue trecho da ementa referente ao Acórdão do Recurso Especial nº 1.185.122-RJ:

1. Se a sucessão consiste na transmissão das relações jurídicas economicamente apreciáveis do falecido para o seu sucessor e tem em seu âmago além da solidariedade, o laço, sanguíneo ou, por vezes, meramente afetuosamente estabelecido entre ambos, não se pode admitir, por absoluta incompatibilidade com o primado da justiça, que o ofensor do autor da herança venha dela se beneficiar posteriormente.

⁴⁹ BARROS, Flávio Augusto de. Op. cit., p.198.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio. Op. cit. p.59.

⁵¹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit., p. 102.

2. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se compreender que o mero exercício do direito de ação mediante o ajuizamento de ação de interdição do testador, bem como a instauração do incidente tendente a removê-lo (testador sucedido) do cargo de inventariante, não é, por si, fato hábil a induzir a pena deserdação do herdeiro nos moldes do artigo 1744, II, do Código Civil e 1916 ("injúria grave"), o que poderia, ocorrer, ao menos em tese, se restasse devidamente caracterizado o abuso de tal direito, circunstância não verificada na espécie. 3. Realçando-se o viés punitivo da deserdação, entende-se que a melhor interpretação jurídica acerca da questão consiste em compreender que o artigo 1595, II, do Código Civil 1916 não se contenta com a acusação caluniosa em juízo qualquer, senão em juízo criminal. [...] 5. Recurso especial improvido.

(Recurso Especial nº 1.185.122-RJ, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Massami Uyeda, Julgado em: 17/02/2011)

Quanto aos crimes contra a honra, são três esses delitos: calúnia, difamação e injúria. A honra, no dicionário pátrio, é definida como “sentimento de dignidade própria que leva a pessoa a procurar merecer e manter a consideração geral.”⁵² A calúnia, crime previsto no art.138 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), consiste em fazer acusação falsa da prática de um crime. Quanto à difamação, com previsão legal no art. 139 do Código Penal (CP), trata de imputar a alguém qualquer fato determinado ofensivo à reputação da vítima diante de terceiros. Por último, a injúria, prevista no art. 140 do CP, é o ato de imputar fato vago ou de qualidade negativa que ofenda a dignidade da vítima. Nessas três situações de crime contra a honra deve haver o intuito de ofender a honra alheia (*animus diffamandi velin juriandi*).

Com referência a terceira e última causa de exclusão por indignidade, trata de hipótese na qual o herdeiro ou legatário embarça ou impede por violência ou meios fraudulentos o próprio autor da herança de dispor de seus bens por ato de última vontade, configurando um atentado à liberdade de testar. O jurista Washington de Barros Monteiro descreve algumas situações nas quais o herdeiro ou legatário é afastado da sucessão pelo motivo em estudo. São elas: o herdeiro constranger o *de cujus* a testar; impedi-lo de revogar o testamento anterior; suprimir-lhe testamento cerrado ou particular; ou elaborar um testamento falso.⁵³

Conforme entendimento doutrinário, as situações mencionadas anteriormente decorrem de um rol taxativo (*numerus clausus*), ou seja, apenas as hipóteses previstas no art.1814 do CC/02 podem gerar a exclusão por indignidade, não sendo permitida a sua extensão a outros

⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p.66.

casos.⁵⁴ Nesse diapasão, Claudia Nogueira defende a taxatividade decorrente do art.1.814 do CC/02 por ter natureza de pena; em atenção ao princípio da legalidade, existe a impossibilidade de extensão a outras condutas ou modalidades não previstas como causa.⁵⁵

Contudo, Maria Berenice Dias afirma que o instituto da indignidade, por ter acentuado conteúdo ético, não permite uma interpretação tão restritiva. Um exemplo seria o caso de perda do poder familiar; tal hipótese não está prevista na lei como causa de exclusão, porém não admitir isso, permitiria o genitor se beneficiar no caso do falecimento de seu descendente, pois teria o direito de herdar, apesar de ter rompido o vínculo parental em virtude do descumprimento de seus deveres legais. Dessa maneira, em razão da perda do poder familiar, seria afastado o dever de alimentos, mas conservaria o dever de receber a herança do filho. Ademais, a autora reforça o conceito das condutas indignas como sanções civis, as quais não estão na seara penal, logo não se justificaria a aplicação do princípio que proíbe analogia contra o réu.⁵⁶

A jurisprudência, por sua vez, ainda vem reconhecendo a taxatividade do art. 1.814 do CC/02. Nesse sentido, segue julgado que não reconheceu como causa de indignidade os maus-tratos praticados pelo herdeiro contra o autor da herança pelo fato de tal situação não estar prevista expressamente em lei:

Direito Civil. Ação declaratória de exclusão de herdeiro por indignidade. Sentença de improcedência. Apelação do autor. Alegação de que o herdeiro submetia o falecido, quando em vida, a maus-tratos e a negligências graves e incompatíveis com as necessidades decorrentes da esquizofrenia da qual era portador. Direito de herança garantido pelo artigo 5º, XXX da Constituição Federal. Impossibilidade de interpretação extensiva aos atos de indignidade descritos no rol do artigo 1.814 do Código Civil. Exclusão de herdeiro possível apenas nos casos ali expressamente previstos, não sendo a hipótese dos autos contemplada. Caso em que, ademais, o falecido era absolutamente incapaz para os atos da vida civil, não lhe sendo mesmo possível dispor livremente de seus bens, além do que a curatela vinha sendo exercida pelo próprio requerente no último ano anterior ao óbito. Sentença mantida. Recurso improvido.

(Apelação, Processo nº 0015999-55.2014.8.19.0209, 4ª Câmara Cível do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Marco Antonio Ibrahim, Julgado em: 18/04/2018).

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37.

⁵⁵ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. Op. cit., p.50.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 306.

Reconhecida a indignidade por sentença judicial com efeito declaratório, o indigno perde o direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos menores couberem na herança ou à sucessão eventual desses bens, nos termos do art.1.816, parágrafo único do CC/02. Dessa forma, a finalidade é o completo afastamento do indigno, por isso, a herança recebida pelos seus descendentes, em caso de falecimento destes, não poderá ser ao indigno transmitida.

Declarada a exclusão do herdeiro por indignidade, essa sanção possuirá efeito personalíssimo, ou seja, não poderá ultrapassar da pessoa do apenado, nos termos do art.1.816 do CC/02. Por isso, os descendentes do indigno sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão, por meio do direito de representação.

Além disso, o direito de representação ao herdeiro indigno só beneficia os seus descendentes ou sucessores, apenas se forem vocacionados sucessíveis do hereditando.⁵⁷ Desse modo, caso o legatário que não tenha também a condição de herdeiro seja considerado indigno, não há direito de representação, pois tal garantia só ocorre em sede de sucessão legítima. Consequentemente, o quinhão o qual pertenceria ao legatário será repartido pelos demais herdeiros em virtude do direito de acrescer, previsto no art.1.941 c/c art. 1.943 ambos do CC/02.

A eficácia da sentença é *ex tunc*(com efeito retroativo) quanto aos herdeiros, por considerar-se o indigno possuidor de má-fé desde a data da morte do titular da herança. Por outro lado, em relação aos terceiros de boa-fé, a sentença possuirá efeito *ex nunc* (sem efeito retroativo) com fundamento na teoria da aparência, no qual o indigno aparenta ser sucessor do falecido, qualificando sua posse como de boa-fé, conforme dispõe o art.1.817 do CC/02⁵⁸. Todavia, nessa última hipótese, nada impede que os sucessores prejudicados demandem perdas e danos em face do indigno.

Entretanto, o excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos percebidos com os bens da herança, garantindo-se a ele o direito de reembolso das despesas

⁵⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 249.

⁵⁸ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. Op. cit., p.52.

com os bens que deixou de receber, bem como ser indenizado pelas benfeitorias necessárias realizadas nos bens do acervo hereditário, nos termos do art.1.817, parágrafo único do CC/02.

O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se no prazo decadencial de 4 (quatro) anos a contar da data do óbito, nos termos do art.1.815, parágrafo único do CC/02. Porém, enquanto existirem herdeiros menores, o prazo só terá início depois de todos atingirem a maioridade.

Por fim, é possível o perdão do indigno, conhecido como reabilitação, isto é, ato personalíssimo praticado pelo autor da herança, garantindo o recebimento do quinhão sucessório. Aliás, a lei exige a sua elaboração em ato autêntico (escritura pública, escritura particular subscrito por duas testemunhas ou codicilo) ou em testamento, vide o art.1.818 do CC/02. Se o testador apenas deixar bens em testamento após a ciência do ato ofensivo tipificado na lei, há quem defenda tratar-se de uma reabilitação tácita⁵⁹, no qual o indigno receberá exclusivamente o legado ou a herança prevista no testamento, conforme o art.1.818, parágrafo único do CC/02. Vale ressaltar que a reabilitação do indigno é irrevogável⁶⁰, salvo no caso de nulidade do próprio ato.

3.3. Deserdação

A deserdação tem origem no Código de Hamurabi, datado de 2.000 anos antes de Cristo, surgindo anteriormente à indignidade⁶¹. O pai de família no Direito Romano estava sempre obrigado a instituir ou deserdar os seus herdeiros, sendo um pressuposto essencial para o testamento válido.⁶² Caso o testador se omitisse, deixando de se referir a um dos filhos homens, o testamento era anulado.

Posteriormente, com o Direito Justinianeu (Novela 115), o instituto da deserdação deixou de ser um instrumento formal de instituição de herdeiros e passou a ser um instrumento de exclusão da sucessão de herdeiro legitimário, devendo ser manifestado em

⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.,p. 95.

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p.167.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 422.

⁶² PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970, p.682.

testamento e justificado por motivos expressos e plausíveis, cuja discussão ficava sempre aberta ao herdeiro legítimo.⁶³

Diferentemente do instituto da indignidade, a deserdação sofreu alterações notáveis com o Código Civil de 2002, embora ainda esteja longe de se adequar ao atual contexto social responsável por transformar o conceito de família. Um exemplo foi a revogação do art.1.744, III, do Código Civil de 1916, o qual estabelecia como uma das causas de deserdação a desonestidade da filha que vivesse em casa paterna e lá mantivesse relações sexuais. Com a nova ordem constitucional, essa previsão patriarcal foi abolida por violar a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos do art. 5º, I, da CRFB/88.

Além disso, o Código Civil de 2002 ampliou o rol de pessoas ofendidas a ensejar a exclusão da herança. O atual diploma não apenas protege a vida do autor, como determinava a legislação anterior, mas também a vida dos seus ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheiro, nos termos do art. 1.814, I do CC/02.

A deserdação é “o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiro mediante disposição testamentária motivada em uma das causas previstas em lei.”⁶⁴ Nota-se que esse instituto é derivado da sucessão testamentária, apesar de alcançar apenas os herdeiros necessários. Os seguintes elementos são indispensáveis para a efetivação da deserdação: testamento válido feito pelo ofendido com menção expressa da causa de deserdação (art. 1.964 do CC/02) e confirmação por sentença judicial (art.1.965 do CC/02). Nesta lógica, segue entendimento jurisprudencial:

ACÇÃO DE DESERDAÇÃO – AJUIZAMENTO PELO PAI, QUE PRETENDE EXCLUIR O FILHO DA HERANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TESTAMENTÁRIA – DESERDAÇÃO SÓ PODE SER DECLARADA EM TESTAMENTO, COM EXPRESSA REFERÊNCIA À CAUSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

(Apelação 1002060-47.2015.8.26.0019, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator (a): Moreira Viegas, Julgado em: 22/02/2017).

⁶³ PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. **Rev. FMU Direito**. São Paulo, 2011, p.133.

⁶⁴ TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit., p. 43.

Como ressalta Orlando Gomes, o motivo indicado deve configurar autêntica ingratidão, no significado técnico da palavra: falta de agradecimento ou o mau reconhecimento da pessoa em relação àquela de quem mereceu o benefício.⁶⁵

As causas de exclusão por deserdação estão previstas nos arts. 1.814, 1.962 e 1.963 todos do CC/02. Vale lembrar que os motivos característicos da indignidade também se aproveitam na deserdação, conforme determina o art. 1.961 do CC/02. Inclusive, no subcapítulo anterior já foram abordadas as situações constantes no art. 1.814 do CC/02. Por isso, a seguir serão tratadas tão somente as causas peculiares da deserdação.

São hipóteses exclusivas de exclusão sucessória por deserdação previstas no Código Civil de 2002:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Ao analisar os referidos dispositivos legais, percebe-se a possibilidade de deserdar ascendente em face de descendente e vice-versa, sendo a deserdação dos netos apenas justificável se eles forem herdeiros, ou seja, em caso de premissa de herança do genitor. Isso porque enquanto vivo o pai, seus filhos não herdarão do avô, conforme a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do CC/02. Seguindo essa mesma lógica, a deserdação do pai só se justifica se o ascendente não possuir descendentes.⁶⁶

⁶⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 226.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 323.

No tocante à causa de exclusão sucessória decorrente de ofensa física, a lei civil não diferencia a sua gravidade, podendo ser leve ou grave. Basta ser o referido ato praticado dolosamente para restar caracterizada a ausência de afeição⁶⁷ com o autor da herança.

Relativamente à injúria grave, esta se justifica por atingir a honra e, consequentemente, a dignidade do testador. A injúria pode ser verbal ou real, desde que atinja seriamente o autor da herança. Aliás, Torrano faz uma breve diferenciação entre esses dois tipos de injúria. Veja:

Aquele consiste na ofensa verbal à dignidade e ao decoro do hereditando, enquanto esta deriva de um comportamento reprovável do sucessível em face do autor da herança, que lhe diminui a honra e a dignidade ou, mesmo, põe em perigo o seu patrimônio.⁶⁸

As relações ilícitas do descendente com a madrasta ou com o padrasto, ou ainda do ascendente com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta, tratam de hipóteses em que há desrespeito ao núcleo familiar. A expressão “relações ilícitas” deve englobar não só a cópula carnal, como também todo e qualquer comportamento lascivo, incluídos relacionamento amoroso, libidinagem, concupiscência e luxúria.⁶⁹ Por último, o desamparado em alienação mental ou grave enfermidade também indica a falta de sentimento de solidariedade humana em um momento difícil da vida do testador.

Sendo assim, em todas as hipóteses mencionadas previamente resta uma falta de afetividade entre o deserdado e o testador. Apesar do termo “afeto” não constar expressamente no dispositivo legal, é essa a intenção do legislador, haja vista o laço afetivo ser característica fundamental para a formação da entidade familiar, tema que será aprofundado no próximo capítulo.

Além disso, nas situações listadas anteriormente, a causa deve preexistir ao testamento, não podendo ser posterior ou superveniente à declaração feita pelo testador. Nessa lógica, segue o entendimento do STJ:

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 429.

⁶⁸ TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit., p. 118.

⁶⁹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit., p.120.

ACÇÃO DE DESERDAÇÃO EM CUMPRIMENTO A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. [...] 2. ACERTADA A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO AO MENCIONADO ART. 1744, DO CC/1916, AO ESTABELECEER QUE A CAUSA INVOCADA PARA JUSTIFICAR A DESERDAÇÃO CONSTANTE DE TESTAMENTO DEVE PREEXISTIR AO MOMENTO DE SUA CELEBRAÇÃO, NÃO PODENDO CONTEMPLAR SITUAÇÕES FUTURAS E INCERTAS.

(Recurso Especial nº 124.313-SP, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 16/04/2009).

Em relação aos arts. 1.962 e 1.963 ambos do CC/02 houve um esquecimento por parte do legislador quanto ao cônjuge e ao companheiro (instituto equiparado ao casamento, conforme art.226, §3º da CRFB/88), trazendo as hipóteses de deserdação tão somente entre descendentes a ascendentes e vice-versa.

De acordo com Paulo Lôbo, o cônjuge e o companheiro estariam apenas sujeitos à indignidade sucessória, sob o fundamento do dispositivo ser *numerus clausus*, devendo ser interpretado restritivamente por se tratar de cerceamento do direito de herdar.⁷⁰ Por outro lado, há doutrinadores, como Flávio Tartuce, que alegam ter ocorrido um caso de “cochilo legislativo”, pois o cônjuge e o companheiro são herdeiros necessários, devendo ser incluídos como sucessores passíveis de sofrer a exclusão.⁷¹

Ressalta-se que mesmo sendo deserdado, o cônjuge ou o companheiro não perdem o direito à meação, pois como não se trata de Direito Sucessório, o comportamento indevido não autoriza eliminar direito decorrente do regime de bens do casamento.⁷² Nesse sentido, segue entendimento jurisprudencial:

EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE. Homicídio praticado pelo réu contra sua cônjuge, genitora da autora. Réu que é meeiro e não herdeiro do bem a ser partilhado. Sanção civil do art. 1.814, I, do Código Civil não se aplica por analogia para atingir a meação. Ordenamento que não prevê perda de propriedade em razão de homicídio. Exclusão da meação por analogia apenas poderia ser cogitado em caso de casamento pela comunhão universal e em relação a bem adquirido exclusivamente pela vítima antes do casamento. Sentença de extinção por falta de interesse de agir mantida. Recurso não provido.

(Apelação nº 1024366-12.2016.8.26.0007, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora: Desembargadora Mary Grün, Julgado em 14/03/2018).

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.307.

⁷¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil v.6: direito das sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.111.

⁷² DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 230.

A propósito, não se confundem herança e meação. A herança, como já mencionada, é o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do hereditando. Por outro lado, a meação é a parte correspondente a cada cônjuge sobre os bens que integram o patrimônio do casal, variando conforme o regime de bens escolhido.

No regime da comunhão universal de bens, todo o patrimônio adquirido antes ou depois do casamento é comum, conforme art. 1.667 do CC/02, ou seja, tudo pertence aos dois, salvo nas situações previstas no art. 1.668 do CC/02. Desse modo, cada um dos cônjuges tem direito a meação de 50% do patrimônio do casal. Por outro lado, no regime da comunhão parcial, os bens comuns do casal serão apenas aqueles adquiridos depois do casamento, conforme art. 1.658 do CC/02, observado o rol dos bens que não se comunicam, previstos no art. 1.659 do CC/02. Com isso, caberá a cada um dos cônjuges a meação de 50% do patrimônio adquirido na constância do casamento. Em contrapartida, no regime de separação total, os bens do casal não se misturam, mesmo quando adquiridos na constância do matrimônio, nos termos do art. 1.6987 do CC/02, não havendo, conseqüentemente, meação.

Logo, a meação preexiste ao óbito do cônjuge/companheiro, enquanto a herança surge a partir do falecimento. A título exemplificativo, se A e B casaram sob o regime de comunhão universal de bens, eles serão meeiros um do outro. Dessa maneira, A vindo a falecer, B será somente meeiro, pois já é “dono” de 50% do patrimônio do casal em decorrência do regime de bens adotado. No entanto, se A e B não tiverem filhos, e A não tiver pais vivos, B será, além de meeiro, o herdeiro do patrimônio deixado por A, conforme a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, III do CC/02.

Se, no exemplo anterior, A e B fossem casados pelo regime da comunhão parcial de bens, e A viesse a falecer, B teria o direito à herança sobre os bens particulares (aqueles adquiridos antes do casamento) e também à meação sobre os bens comuns (aqueles adquiridos na constância do casamento). Portanto, dependendo do regime de bens escolhido pelo casal, o cônjuge poderá ser apenas meeiro, meeiro e herdeiro, ou, apenas herdeiro.

Além de tudo, ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação (inventariante, cônjuge ou companheiro, onerado previsto no art. 1.934, parágrafo único do CC/02, o testamenteiro e o Ministério Público), incumbe o ônus de provar a veracidade da

causa alegada pelo testador na ação de confirmação da deserdação, nos termos do art.1.965 do CC/02.

Aliás, segue decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o qual não reconheceu a deserdação sob o fundamento de não ser suficiente a simples declaração do testador, sendo ainda necessária a produção de prova em juízo acerca dos fatos:

1. A deserdação somente pode ser declarada em testamento, com expressa referência à causa. E a ação de deserdação cabe àqueles que forem beneficiados em razão da exclusão do deserdado, devendo ser ajuizada após a abertura da sucessão, ou seja, depois da morte do testador, para que fique comprovada a causa utilizada como razão para deserdar. 2. Não basta, para o reconhecimento da deserdação, a simples declaração do testador em ato de última vontade, sendo imprescindível a produção de prova em juízo acerca dos fatos declarados através de ação própria, a ser ajuizada no prazo decadência de 04 (quatro anos) contados da abertura da sucessão. A doutrina pátria é assente no sentido de que a ação prevista no art. 1965 do Código Civil se revela verdadeiro pressuposto da deserdação. [...] 4. Recurso provido. (Agravado de Instrumento, Processo nº 0043898-39.2015.8.19.0000, 7ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Relatora: Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro, Julgado em 12/11/2015).

Para mais, os efeitos da deserdação são pessoais, não passando da pessoa do deserdado, como também dispõe o art.5º, XXX, da CRFB/88 ao prever que nenhuma pena passará da pessoa do apenado. Dessa forma, considera-se o deserdado como se morto fosse, sucedendo os seus descendentes ou ascendentes por representação. Nesse sentido, segue o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DESERDAÇÃO – EFEITOS PESSOAIS – DESCENDENTES DO DESERDADO – HERDAM POR REPRESENTAÇÃO – ART.1.816 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO. A deserdação é ato do testador que visa afastar herdeiro necessário que se revelou ingrato. Na forma do art. 1.816 do código civil, os efeitos da referida exclusão são pessoais, logo, os descendentes do herdeiro excluído sucedem. Decisão unânime. (Apelação Cível 2010.0001.000201-4, 2ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Piauí, Relator: Desembargador Brandão de Carvalho, Julgado em 10/03/2010).

Consequentemente aplicam-se de forma análoga, no caso do deserdado, as restrições impostas ao indigno, previstas no parágrafo único do artigo 1.816 do CC/02, no qual o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens destinados a seus sucessores na herança, nem à sucessão eventual desses bens.⁷³

⁷³DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.196.

A doutrina e a jurisprudência defendem que até o trânsito em julgado da sentença, declarando a (im) procedência da deserdação, os bens deverão ser colocados sob depósito judicial, a fim de minorar os riscos de o herdeiro deserddado usufruir de algo que juridicamente não lhe pertencerá. Aliás, o prazo decadencial na deserdação, assim como na indignidade, é de quatro anos, alterando tão somente o termo inicial, no qual começasse a contagem da abertura do testamento, conforme art. 1.965, parágrafo único do CC/02.

A despeito do legislador não prever a possibilidade do deserddado ser reabilitado, a maior parte da doutrina admite o perdão na deserdação. Todavia, deverá constar expressamente em novo testamento o referido perdão, sem necessidade de motivá-lo, aplicando o disposto no art.1.818, parágrafo único do CC/02.⁷⁴

Diante do exposto, nota-se que as hipóteses de exclusão sucessória ainda são consideradas de forma majoritária pela jurisprudência como taxativas, restringindo o seu alcance e deixando de acompanhar a mudança social provocada no conceito de família. Em vista disso, o próximo capítulo analisará a necessidade de o Direito Sucessório observar os princípios norteadores do Direito de Família, o projeto de Lei que propõe modificações nas causas de exclusão sucessória, sob o fundamento do princípio da afetividade e, por fim, demonstrar como o Poder Judiciário pode contribuir ao tema em questão.

⁷⁴CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 794.

4. POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR ABANDONO AFETIVO

4.1. A observância dos princípios norteadores do Direito de Família nas causas de exclusão sucessória

De acordo com Ronald Dworkin, o sistema jurídico é constituído não somente por regras, mas também por princípios. A primeira diferenciação desses institutos está no tipo de solução oferecida. As regras operam na dimensão da validade de maneira “*all or nothing*”, ou seja, tudo ou nada. Para Dworkin, havendo um conflito entre regras, ou a regra é aplicada em sua inteireza, ou ela deve ser por completo não aplicada. Por sua vez, os princípios não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem de razões a favor de uma decisão ou outra.⁷⁵

O segundo critério de diferenciação é a dimensão do peso dos princípios, isto é, na situação de colisão entre eles, deve-se realizar uma ponderação diante do caso concreto, no qual um deles possuirá uma relevância ou peso maior do que o outro no caso concreto. No entanto, nada impede a inversão dessa prevalência diante de um outro caso concreto com diferentes circunstâncias. Por outro lado, no caso de colisão entre regras, o conflito apenas será resolvido mediante a declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, uma das regras não mais pertencerá ao ordenamento jurídico.⁷⁶ Assim, segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, aplica-se uma regra e considera a outra inválida.

Partindo das considerações de Dworkin, Robert Alexy elaborou com mais rigor a distinção proposta por Dworkin, conferindo a seguinte precisão conceitual aos institutos⁷⁷:

Princípios são “mandamentos de otimização” caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Is law a system of rules?** In: The Philosophy of Law, ed. by R. M. Dworkin. Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 45.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991, p. 26.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90-91.

Feitas as devidas considerações, é de ressaltar que existem princípios gerais aplicáveis a todos os ramos do direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a vedação do retrocesso social. Ademais, existem princípios especiais do Direito de Família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade.⁷⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana é definido por Kant como algo inestimável, não admitindo ser objeto de troca.⁷⁹ No Brasil, trata-se de um macrop princípio norteador do Estado Democrático de Direito, conforme prevê o art.1º, III da CRFB/88. Desse modo, a pessoa humana foi colocada no centro protetor do direito como valor supremo, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e delineando não apenas os atos estatais, como também, as relações privadas.

Nessa perspectiva, Daniel Sarmiento enumera algumas funções relevantes do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre elas a de ser fonte de direitos não enumerados. A finalidade dessa função é suprir lacunas do rol de direitos inscritos na Constituição, isto é, impedir que em situações de graves lesões e ameaças à dignidade, a pessoa humana fique desamparada em razão de lacunas e incompletudes no rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Sarmiento ainda afirma ser o princípio da dignidade da pessoa humana “uma espécie de “direito-mãe”, do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional.”⁸⁰

Um exemplo da aplicação da dignidade da pessoa humana no Direito Sucessório encontra-seno entendimento pacificado do STF ao julgar os Recursos Extraordinários 646721/RS e 878694/MG, declarando inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros previsto no art. 1.790 do CC/02. Nesse sentido, segue trecho da ementa do Acórdão do Recurso Extraordinário 646.721/RS:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. [...]2. Não é legítimo desequiparar, para

⁷⁸ LÔBO, Paulo. Op. cit., p.60.

⁷⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 70ª ed. Lisboa: Vozes, 1986, p.77.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.86.

fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

(Recurso Extraordinário 646.721/Rio Grande do Sul, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em: 10/05/2017).

Já o princípio da igualdade prevê que todos são iguais perante a lei, ressalvados tratamentos diferenciados para se garantir a igualdade material, conforme estabelece o art.5º, I da CRFB/88. Inclusive, a nova ordem constitucional superou a ideia de patriarcalismo ao reconhecer na sociedade conjugal, a igualdade em direitos e deveres entre homem e mulher, vide o art. 226, §5º da CRFB/88 c/c art. 1.567 do CC/02. Nessa acepção, os filhos também não podem ser discriminados, nos termos do art.227, §6º da CRFB/88. Inclusive, tal proibição também é observada na sucessão, pois os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes, conforme art.1.834, *caput* do CC/02. Aliás, esse princípio não só vincula o legislador, como também o juiz que, ao aplicar a lei, não pode gerar tratamento jurídico desigual.

O princípio da liberdade encontra-se expressamente previsto no art. 5º, *caput* da CRFB/88. No âmbito das relações familiares esse princípio também contribuiu para a superação do autoritarismo patriarcal na família, substituindo por um modelo de democracia familiar. Na visão de Paulo Lôbo diz respeito⁸¹:

Ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Insta salientar, o princípio da liberdade no âmbito sucessório não é absoluto. Apesar do autor da herança possuir liberdade de testar⁸², se houver herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança, nos termos do art. 1.789 do CC/02. Dessa maneira, a quota legítima é uma forma de restringir o princípio da liberdade.

⁸¹ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 69.

⁸² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 568.

Com referência ao princípio da vedação do retrocesso social, trata-se de uma garantia constitucional implícita com o objetivo de proibir a aniquilação dos direitos sociais já alcançados pela sociedade, assegurando respeito às regras constitucionais. Aliás, esse princípio tem sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Lenio Streck ressalta que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso, estabelecendo um alcance jurídico social inferior ao que tinha originalmente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente.⁸³

A propósito, esse princípio também deve ser observado no âmbito do Direito Sucessório. Como mencionado anteriormente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da legislação civil que trazia um tratamento diferenciado de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros. Nessa perspectiva, todas as omissões da lei que deixam de nominar a união estável quando assegura algum privilégio ao casamento, devem ser tidas por inexistentes.⁸⁴ Por isso, há quem entenda pela interpretação extensiva do art.1.845 do CC/02 ao tratar do cônjuge como herdeiro necessário, abarcando também o companheiro.⁸⁵

O princípio da solidariedade familiar está indissoluvelmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A solidariedade foi eleita como um dos objetivos fundamentais da República, ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária no art.3º, I, da CRFB/88. Esse princípio supera o individualismo jurídico, tendo como significado o vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.⁸⁶ Ou seja, é estabelecida para a efetivação da dignidade de cada pessoa a necessidade de se observar os valores éticos, agora transformados em direitos e deveres exigíveis nas relações entre indivíduos.

Nesse ponto de vista, a solidariedade encontra-se no âmbito familiar, por exemplo, no dever dos pais de assistir seus filhos, nos termos do art.229 da CRFB/88 e no dever de amparo

⁸³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.72.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 427-433.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Jus, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>> Acesso em: 16 out. 2018.

às pessoas idosas, conforme determina o art. 230 da CRFB/88. Por sua vez, no Direito Sucessório nota-se a aplicação do referido princípio no direito real de habitação, no qual os filhos devem – em nome da solidariedade familiar, garantir ao sobrevivente a manutenção do lar, conforme expresso no art. 1.831 do CC/02. Desse modo, segue trecho do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conferindo o direito real de habitação à viúva meeira com base no referido princípio:

É ASSEGURADO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO RELATIVO AO ÚNICO IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA, DE ACORDO COM O ARTIGO 1.611 § 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, ATUAL ARTIGO 1831. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SUBSISTE EM FAVOR DO CONSORTE SUPÉRSTITE EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIÚVA MEEIRA COM 90 ANOS DE IDADE. [...] O direito real de habitação permite ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência do casal com o fim de moradia, limitando os direitos de propriedade dos herdeiros do casal em favor do ascendente sobrevivente, em atenção ao princípio da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana. No caso dos autos além de ser o único imóvel partilhado a cônjuge sobrevivente conta com 90 (noventa) anos de idade, sendo indigno nessa altura da vida ficar sem moradia por conta de caprichos de herdeiros ao arrepio da lei. Assim, tal direito persiste enquanto o cônjuge sobrevivente viver ou não constituir nova união estável ou casamento, incidindo sobre o imóvel de residência da família, independentemente da existência dos demais herdeiros.
(Apelação Cível 1009901-76.2017.8.26.0002, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Desembargador Coelho Mendes, Julgado em: 31/08/2018).

No tocante ao princípio da afetividade, faz-se necessário, em primeiro lugar, distinguir afeto e afetividade, pois decorrem de áreas distintas do conhecimento. De acordo com o jurista Ricardo Calderón⁸⁷, o afeto é “um sentimento anímico de aspecto subjetivo”, sendo matéria relacionada a Psicanálise, escapando ao Direito por ser inapreensível de forma direta. Por outro lado, a afetividade é a “atividade exteriorizada do afeto, configurando um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem”⁸⁸, sendo esses atos captáveis pelo Direito através dos meios usuais de prova. Portanto, deve-se realizar uma leitura jurídica da afetividade de modo objetivo, haja vista se tratar de uma atividade concreta exteriorizada, que se permite averiguar no plano fático.

⁸⁷TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 10 nov. 2018.

⁸⁸TORRANO, Luiz Antônio Alves. Op. cit, p. 151.

Por oportuno, a ideia de afetividade, assim como o conceito de família, também sofreu alterações ao longo do tempo. É de supor que na sociedade patriarcal, a afetividade estava relacionada apenas ao fato de prover o sustento dos membros da família, haja vista que eram poucas as mulheres a exercer atividade laborativa remunerada, sendo incomum ao provedor externar seus sentimentos em relação à família, ainda que houvesse.

Afora o princípio da afetividade estar implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ele está previsto expressamente como elemento caracterizador da família no art.5º, II da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). A propósito, tal princípio já causou profundas alterações na concepção de família brasileira pelo Direito Contemporâneo. Nota-se, em primeiro lugar, o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva como entidade familiar ao julgara Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Além disso, foi admitida a reparação por danos em decorrência do abandono afetivo, conforme Recurso Especial 1.159.242/SP julgado pelo STJ. Por fim, houve o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco, no qual deve levar em conta os laços afetivos para determinar o vínculo filial, conforme expresso nos Recursos Especiais 234.833/MG, 709.608/MS e 1.259.460/SP todos julgados pelo STJ.

Malgrado o Direito de Família ter estabelecido o afeto como a sua característica principal, equiparando a união estável ao casamento e reconhecendo a união homoafetiva, esse princípio não vem sendo aplicado no âmbito do Direito Sucessório. Como mencionado no capítulo anterior, as causas de deserdação são taxativas e os únicos dispositivos legais (art. 1.962, IV c/c art. 1.963, IV ambos do CC/02) que tratam do abandono afetivo como causa de deserdação se restringem a apenas um único momento da vida do autor da herança, qual seja, o desamparo nos casos de doença mental ou grave enfermidade.

Desta maneira, se a família merece a proteção do Estado, nos termos do art.226, *caput* da CRFB/88, igualmente a afetividade familiar, sustentáculo daquela, deve também ser objeto de proteção jurídica.⁸⁹ Todavia, a atual legislação civil em matéria sucessória prevê a possibilidade de alguém que não mantém vínculo afetivo com o autor da herança tenha direito a esta em decorrência unicamente do fator biológico. Ou seja, o ordenamento jurídico não demonstra preocupação com o fato de um indivíduo ser beneficiado com a herança,

⁸⁹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e Deserdação**. São Paulo: Servanda, 2015, p.151.

justamente daquele a quem desprezou. Isso porque metade dos bens da herança (legítima) necessariamente deve ser transmitida aos herdeiros necessários, salvo nas hipóteses de indignidade e deserdação, não estando prevista nesta última o abandono afetivo como um de seus excludentes.

4.2. O projeto de Lei do Senado nº 118 de 2010

Diante das mudanças sociais no âmbito familiar e da estagnação do Direito Sucessório, a Senadora Maria do Carmo Alves, fazendo uso de suas atribuições, conforme determina o art. 61, *caput* da CRFB/88 e visando tornar a legislação sucessória mais condizente com a realidade social, propôs notáveis modificações no instituto da exclusão sucessória por meio do Projeto de Lei (PL) nº 118 de 2010, disponível no sítio eletrônico: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>.

O PL 118/2010 foi justificado com base nas sugestões apresentadas pelo Professor Carlos Eduardo Minozzo Poletto em sua dissertação de mestrado em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Aliás, merece destaque o argumento inicial utilizado pelo referido professor para a propositura de mudanças no âmbito da exclusão sucessória⁹⁰:

Não obstante ter sido editado um novo Código Civil em 2002, atualizando e reformando todo o arcabouço legislativo pertinente que vigorou a partir de 1916, ainda assim é possível constatar que o tema da exclusão da herança encontra-se absolutamente defasado, haja vista que a nova codificação basicamente reproduziu as disposições previstas na lei civil ab-rogada. Ocorre que o antigo Código foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1916, depois de longos dezesseis anos de tramitação, visto que o projeto original de Clóvis Beviláqua fora apresentado ao Parlamento em 17 de novembro de 1900, ou seja, toda a sua concepção jurídica, social, moral e ideológica estava baseada nas instituições do século XIX, realidade totalmente diversa da vivenciada pela sociedade pós-moderna do final do século XX e início do século XXI.

A primeira modificação proposta no referido projeto de lei é a alteração da denominação do Capítulo V – Dos Excluídos da Sucessão para “Dos Impedidos de Suceder por Indignidade” e do Capítulo X – Da Deserdação por “Da Privação da Legítima”.

⁹⁰ POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43-44.

O motivo da alteração da denominação do Capítulo X decorre de uma questão semântica, no qual o significado da palavra *deserdar* é “privar da herança a que se tinha direito ou que se esperava receber”.⁹¹ No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a *deserdação* vai além e especifica quem será atingido por essa sanção civil, excluindo tão somente o herdeiro necessário. Logo, o mais correto seria utilizar a expressão “privação da legítima” em vez de “deserdação”.

Ademais, a reforma tem a finalidade de ampliar a aplicabilidade do instituto da indignidade sucessória, buscando afastar da sucessão todo o indivíduo que tenha praticado ato contra o autor da herança e possa vir a ser beneficiado de alguma forma, não sendo mais restrita aos legatários e sucessores do *de cujus*. Tal entendimento já vem sendo aplicado, ainda minoritariamente, pelo Judiciário. Um exemplo é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo a indignidade de suceder do genro do autor da herança que o havia assassinado, vejamos:

MEAÇÃO. DIVÓRCIO. INDIGNIDADE. QUEM MATOU O AUTOR DA HERANÇA FICA EXCLUÍDO DA SUCESSÃO. ESTE É O PRINCÍPIO CONSAGRADO NO INC. I DO ART. 1595 DO CC, QUE REVELA A REPULSA DO LEGISLADOR EM CONTEMPLAR COM DIREITO SUCESSÓRIO QUEM ATENTA CONTRA A VIDA DE ALGUÉM, REJEITANDO A POSSIBILIDADE DE QUE, QUEM ASSIM AGE, VENHA A SER BENEFICIADO COM SEU ATO. ESTA NORMA JURÍDICA DE ELEVADO TEOR MORAL DEVE SER RESPEITADA AINDA QUE O AUTOR DO DELITO NÃO SEJA HERDEIRO LEGÍTIMO. TENDO O GENRO ASSASSINADO O SOGRO, NÃO FAZ JUS AO ACERVO PATRIMONIAL DECORRENTE DA ABERTURA DA SUCESSÃO. MESMO QUANDO DO DIVÓRCIO, E AINDA QUE O REGIME DO CASAMENTO SEJA O DA COMUNHÃO DE BENS, NÃO PODE O VARÃO RECEBER A MEAÇÃO CONSTITUÍDA DOS BENS PERCEBIDOS POR HERANÇA. APELO PROVIDO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. ” (Apelação Cível nº 70005798004, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 09/04/2003).

Outra alteração relevante foi no art. 1.814, I, do CC/02 ao subtrair a expressão “homicídio doloso” pelo conceito legal indeterminado “morte”, palavra vaga, imprecisa e genérica⁹², tem como finalidade abarcar outras práticas criminosas que, direta ou indiretamente, atinjam a vida do autor da herança, como por exemplo, o crime de extorsão

⁹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 1ª ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.499. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2033-Codigo-Civil-Comentado-11-edicao-2014-Nelson-Nery-Junior-Rosa-Maria.pdf>>. Acesso em 22 out. 2018.

mediante sequestro qualificada pela morte (art.159, §3º do CP), lesão corporal seguida de morte (art.129, §3º do CP), latrocínio (art. 157, §3º, II do CP), etc.

O Código Civil de 2002 já havia ampliado o rol de sujeitos passivos previstos no art. 1.814, I, do CC/02 para alcançar não apenas o autor da herança, como também o companheiro ou cônjuge, o ascendente e o descendente. Contudo, o PL propõe ampliar ainda mais o rol das vítimas de morte consumada ou tentada como causas de exclusão sucessória, pois o novo dispositivo faria uso da locução “pessoa a ele intimamente ligada”. Aqui a finalidade é promover a justiça social diante de práticas ilícitas e imorais que geram comoção de toda a sociedade.

Relativamente ao inciso II do art. 1.814 do CC/02, o rol de crimes cometidos contra o *de cujus* foi ampliado, sendo causa de exclusão sucessória não apenas os crimes contra a honra, como também aqueles contra a integridade física, a liberdade, o patrimônio e a dignidade sexual. Desse modo, também poderia ser excluído da sucessão, por exemplo, quem estuprou o autor da herança.

De mais a mais, foi acrescentado o inciso III do art.1.814 do CC/02 para incluir uma hipótese já prevista na deserdação, qual seja o desamparo do autor da herança com alienação mental ou grave enfermidade (art.1.962, IV, c/c art. 1.963, IV, ambos do CC/02). A justificativa para a inclusão é retirar a obrigatoriedade da manifestação do autor da herança para a exclusão, pois, no atual texto civil, tal situação somente é possível em caso de deserdação, tendo como um dos requisitos básicos o testamento válido.

Em relação à deserdação, o art. 1.962 passa a prever expressamente a exclusão sucessória dos herdeiros necessários, resolvendo, assim, a questão do “cochilo legislativo” quanto ao consorte sobrevivente, conforme já mencionado no item 3.3 do presente trabalho. No tocante aos incisos do art. 1.962, foram realizadas modificações nas causas de deserdação para alcançar as seguintes situações: quando se omitir no cumprimento das obrigações do Direito de Família que lhe incumbiam legalmente, como por exemplo, o dever dos pais de criar o filho, nos termos do art.229 da CRFB/88; na hipótese de ter sido destituído do poder familiar; não reconhecer voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil.

Neste diapasão, segue ponderação feita por Poletto⁹³ acerca dos direitos e obrigações:

É pertinente afirmar, portanto, que o princípio constitucional da dignidade humana manifesta-se, por exemplo, em uma importante cláusula geral prevista no Código Civil nacional: a função social. Tema muito recorrente de estudos doutrinários, a função social, entretanto, é comumente analisada somente na seara contratual, ou em seus contornos relativos à propriedade, incluindo-se, nesse conceito, a figura da empresa. Na verdade, em uma análise mais abrangente, deveríamos falar em “função social do direito privado”, englobando não somente o contrato, a propriedade e a empresa, mas também a família e a sucessão hereditária. (...) Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação jurídica complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. (...) Da mesma forma que do contrato, da propriedade e da empresa, das relações familiares e sucessórias originam-se direitos e obrigações, exigindo dos seus participantes não somente um comportamento formalmente legal, mas também substancialmente ético e social.

Portanto, as novas causas de deserdação buscam abarcar todas as hipóteses de descumprimento dos deveres familiares. Isto é, o PL 118/2010 tem o intuito de adequar o Direito Sucessório à contemporânea realidade jurídica e social do Direito de Família, procurando fortalecer e proteger a ética e a harmonia das relações parentais. Caso um herdeiro haja em descumprimento aos deveres familiares com o intuito de prejudicar o autor da herança, o laço afetivo estaria rompido, a união familiar seria descaracterizada e, portanto, este herdeiro não merecerá usufruir da sua parte da herança.

No âmbito processual, o referido projeto de lei propõe alteração no art.1.815 do CC/02 para permitir a dispensa de declaração por sentença da indignidade quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, reconhecendo expressamente a prática da conduta indigna. A finalidade é evitar a tramitação de novos feitos com o mesmo tema, permitindo o uso da prova emprestada, definida como “a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele”⁹⁴, prevista no art.372 do Novo Código de Processo Civil, visando a garantia da celeridade processual e desde que observado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O §1º do art. 1.815 do PL 118/2010 vem identificar os legitimados ativos na ação de declaração de indignidade, englobando os economicamente interessados, o Ministério Público e quem possua interesse moral. Um legitimado possuidor de interesse moral na exclusão pode

⁹³ POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. Op. cit, p. 41.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p.523.

ser o ascendente que não participa da ordem de vocação hereditária por existir descendente vivo, mas este não pleiteia judicialmente a exclusão. Nesse caso, o ascendente poderia ser um legitimado.

Para fins de exemplificação, imagine: A assassina o pai, B, mas sua irmã, C, que iria recolher a quota-parte do irmão indigno (interessada economicamente), mantém-se inerte, recusando-se a pleitear o afastamento do irmão da sucessão hereditária do seu pai. Neste caso, D, pai da vítima e avô, respectivamente do indigno e da beneficiada, passa a ter expressamente legitimidade para agir diante da omissão da neta, mesmo não possuindo direito a receber nenhum quinhão hereditário.

Aliás, o referido Projeto de Lei propõe a redução do prazo de demandar a declaração de indignidade e a privação da legítima de quatro para dois anos, contados da abertura da sucessão ou do testamento, conforme nova redação do art.1.815, §2º c/c art.1.963, §2º do CC/02, respectivamente.

Em relação às alienações onerosas realizadas pelo indigno a terceiro de boa-fé, esta só poderá ocorrer até a citação válida do suposto indigno na ação de exclusão sucessória e não mais até o trânsito em julgado da referida demanda. O escopo é evitar a dilapidação do patrimônio. Aliás, tanto esse efeito quanto todos os outros da indignidade foram equiparados nos casos de deserção, conforme nova redação do art. 1.914.

Na nova redação do art. 1.818 do CC/02, o PL 118/2010 propõe a previsão expressa dos três meios hábeis dispostos ao autor da herança para declarar o perdão do indigno, quais sejam: testamento, codicilo ou escritura pública. Inclusive, o mesmo dispositivo deverá ser observado no caso de perdão do deserdado, conforme o novo art. 1.965 do CC/02.

Por fim, o Projeto de Lei 118/2010 foi aprovado no Senado por Comissão em decisão terminativa. Posteriormente, no dia 05 de abril de 2011, ele foi remetido à Câmara dos Deputados para votação, conforme dispõe o art.65, *caput*, da CRFB/88, sob a numeração PL 867/2011 e de tramitação com prioridade, nos termos do art.151, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). A última ação legislativa foi datada em 01 de fevereiro de

2018; o referido PL encontra-se aguardando o parecer terminativo do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), conforme art.54 do RICD.

4.3. A jurisprudência sobre a exclusão sucessória por abandono afetivo

A atuação do Poder Judiciário sofreu alterações ao longo do tempo. Inicialmente, a sua competência estava restrita à aplicação do texto elaborado pelo legislador, sem margens para interpretação. Isso porque a discussão acerca do dispositivo legal era considerada já esgotada pelo Poder Legislativo, sob pena de extrapolar as competências estabelecidas na teoria da separação dos Poderes de Montesquieu.

Contudo, após a 2ª Guerra Mundial, percebeu-se que a lei poderia embasar as mais diversas atrocidades e, muitas vezes, não conseguia dar a resposta mais justa para todas as situações concretas. Por isto, o entendimento acerca da atuação do Judiciário sofreu transformações.

A CRFB/88 representa um marco quanto à possibilidade de maior abertura ao Judiciário para interpretação de normas, podendo o magistrado ir além do dispositivo literal da norma legislativa, para considerar também o seu espírito, os princípios e valores constitucionais, nos termos do art.93, IX, da CRFB/88 c/c art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942).

Nesse ponto de vista, o Judiciário ganha o relevante papel de concretização dos direitos previstos na Constituição, podendo aplicá-los diretamente em suas decisões, mesmo não previsto expressamente na lei. Aliás, esse fenômeno é denominado como ativismo judicial. Conforme Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial diz respeito à:

(...) Postura do intérprete, a um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, tratando-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando for inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.⁹⁵

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2008. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em 1 de nov. de 2018.

Isto posto, tem-se a possibilidade do ativismo judicial, como solução judiciária, nas situações de descompasso legislativo com as transformações sociais. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, cabe ao Judiciário fiscalizar a compatibilidade das leis com os valores consagrados na Constituição, bem como impor limites ao legislador, sendo permitido o atuar diante de omissões.

No presente estudo, busca-se a aplicação direta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a uma situação não expressamente contemplada em seu texto, cuja manifestação do legislador ordinário se mostrou ineficiente. Como se sabe a legislação regulamentadora dos institutos da indignidade e da deserdação é a Lei 10.406 de 2002, Código Civil vigente.

No entanto, como visto na parte histórica, esse dispositivo nada mais fez do que dar continuidade às possibilidades previstas no Código Civil de 1916. Em contrapartida, a doutrina vem defendendo a necessidade de alteração dos dispositivos legais que tratam da exclusão sucessória para abranger como uma de suas causas o abandono afetivo. Nesse ponto de vista, segue ensinamento de Nehemias Domingos de Melo:⁹⁶

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Logo, há uma lacuna na atualização legislativa, não acompanhando as realidades sociais. Então, diante do assincronismo da legislação civil, em especial do Direito Sucessório, ao deixar de aplicar o princípio da afetividade nas hipóteses de exclusão sucessória, faz-se necessária uma atuação proativa por parte dos juízes de família e dos Tribunais.

Após pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico de todos os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, bem como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, foi possível concluir que o entendimento jurisprudencial majoritário ainda defende a taxatividade das causas de exclusão sucessória. No entanto, essa pesquisa demonstrou certa

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil. In: **Rev. Sínt. de Dir. Civ. e Proc. Civ.** Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005.

esperança na mudança de posição do Judiciário. Isso porque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) se apresentou vanguardista diante do atual cenário ao proferir dois julgados relativizando o entendimento majoritário.

Em ambos julgados foi reconhecida a necessidade de adequação da norma civil, principalmente das causas de exclusão sucessória, em relação às disposições constitucionais. No primeiro Acórdão, exposto a seguir, o TJ/SP conferiu uma leitura sistêmica do Direito Sucessório em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Veja:

DIREITO DAS SUCESSÕES. INDIGNIDADE. Pretendida exclusão de beneficiário de plano de pecúlio, condenado no âmbito criminal por lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança. Incidência do artigo 1.595 do Código Civil de 1916, vigente à época da morte. Rol que não é taxativo. Casos de indignidade que consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada. Falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima. Interpretação teleológica. Enquadramento no espectro finalístico da norma jurídica em análise. Indignidade reconhecida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. ” (Apelação Cível nº 9215521-04.2007.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Desembargador Paulo Alcides, Julgado em 21/08/2013).

Nessa acepção, o referido julgado afirmou que as causas de indignidade não se tratam de um rol taxativo, reconhecendo uma causa não prevista nos incisos do art. 1.814 do CC/02. No caso em questão o sucessor havia praticado crime de lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Assim, a despeito da inexistência de expressa previsão legal o TJ/SP realizou uma interpretação teleológica, buscando aplicar a intenção do legislador ao prever no inciso I do art. 1.814 do CC/02 a exclusão sucessória daquele que pratica homicídio doloso contra autor da herança ou seus familiares.

Há indícios de o Tribunal de Justiça de São Paulo estar adequando os seus julgados às novas disposições contidas no Projeto de Lei nº 118/2010, ainda em fase de aprovação legislativa. Nesse próximo Acórdão, o Tribunal reconheceu a possibilidade de exclusão por indignidade em uma situação na qual o atual ordenamento civil prevê apenas como causa de deserdação. Segue a ementa:

AÇÃO DE INDIGNIDADE – DESERDAÇÃO DE ASCENDENTE - Pedido de exclusão da sucessão da genitora do falecido – De cujus que era interditado, tendo como curador, seu irmão – Destituição do poder familiar da genitora averbada na certidão de nascimento - Genitora que não cumpriu seu dever de amparo, sustento, não somente financeiro, mas psicológico, afetivo e físico – Desamparo do filho ou

neto com deficiência mental ou grave enfermidade - Aplicação do artigo 1814, 1.815 e 1.963, IV do Código Civil - Hipótese de declaração de indignidade – Ausência de deserdação por testamento - Autor da herança civilmente incapaz que não poderia dispor através de testamento sobre seus bens – Hipótese afeta à causa de indignidade — Exclusão de sucessão da herança por sentença judicial - Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

(Apelação nº 1000127-70.2014.8.26.0602, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora: Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias, Julgado em:12/09/2018).

Portanto, na referida demanda o herdeiro havia desamparado afetivamente o autor da herança acometido de alienação mental, hipótese de deserdação nos termos do art. 1.963, IV, do CC/02. No entanto, inexistia testamento, haja vista seu grave estado de saúde, sendo esse instrumento o requisito essencial para a exclusão sucessória. Logo, não era possível a exclusão por deserdação. Apesar disso, o PL 118/2010 possui um dispositivo nesse sentido, buscando afastar todo aquele que tenha de algum modo rompido o laço de afetividade com o autor da herança.

Diante do exposto, restou demonstrado que o Poder Judiciário embora ainda possua um entendimento majoritário pela taxatividade do rol das causas de exclusão sucessória, há em contrapartida, um movimento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para uma mudança da interpretação legislativa. Isso gera aos demais Tribunais um precedente para a resolução das futuras demandas acerca da mesma matéria, permitindo a aplicação dos institutos de indignidade e deserdação sem se ater a literalidade de seus dispositivos. Assim, o magistrado pode estender as formas de exclusão da sucessão previstas na legislação civil para alcançar situações no qual o herdeiro e/ou legatário agiu em ofensa ao princípio da afetividade.

CONCLUSÃO

Este estudo demonstrou a necessidade de incluir o abandono afetivo como uma das causas de exclusão sucessória com vistas a adequar o Direito Sucessório ao ordenamento constitucional e aos princípios do Direito de Família. Apesar de a Constituição Federal ter realizado avanços no âmbito da concepção de família, buscando se adaptar às transformações sociais, a legislação civil, em especial no âmbito das sucessões, está obsoleta, mantendo, em grande parte, os mesmos ensinamentos vigentes no século XX.

O cerne do presente trabalho é criticar o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência que defendem a interpretação restritiva das causas de indignidade e deserdação. Esse pensamento decorreu do fato de ambos os institutos serem tratados como sanções civis merecedoras de tratamento análogo dado ao Direito Penal, quer dizer, aplicação do princípio da taxatividade.

Como demonstrado no primeiro capítulo, a exclusão sucessória existe desde a Antiguidade e, embora os seus efeitos tenham sofrido alterações ao longo do tempo, a sua finalidade era sempre afastar da herança aquele familiar que, de alguma forma, agiu de maneira desonesta em face do hereditando. A concepção dessa desonestidade também sofreu mudanças, variando de acordo com o tempo e o espaço da sociedade. Daí porque o Direito Sucessório não está apenas intimamente ligado ao Direito de Família, como também precisa estar em harmonia com o referido ordenamento.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi dado um grande passo no âmbito familiar. O afeto foi reconhecido como elemento fundamental para a configuração da família. Desse modo, foi necessária a realização de uma nova leitura sistêmica do ordenamento jurídico visando à compatibilização das normas infraconstitucionais ao disposto na Carta Magna.

Ainda assim, os Códigos Civis de 1916 e 2002, em especial na matéria sucessória, permaneceram estagnados ante a nova realidade social. A afetividade na sucessão pouco se é notada na legislação, na qual as causas de indignidade e deserdação abarcam tão somente hipóteses extremas de desprezo e violação da dignidade do autor da herança. Porém, o afeto,

sendo fundamento da família, merece igualmente proteção especial, haja vista que a consequência do rompimento do laço afetivo é a desconfiguração da primeira e mais antiga instituição da sociedade, qual seja a família.

Inclusive, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao assegurar o direito fundamental à herança no seu art. 5º, XXX, também dispôs a observância dos deveres a ela inerentes, tal como aqueles decorrentes das relações familiares, previstos entre o art.227 ao art.229. Diante disso, o direito de herdar não é absoluto, pois caso o sucessor pratique ato prejudicial ao autor da herança não fará jus de desfrutá-la.

Dessa forma, o descumprimento dos deveres familiares por parte do herdeiro, por si só, é a causa e também a essência da exclusão sucessória. Por isso, deve-se aplicar uma interpretação extensiva ao invés de taxativa das causas de indignidade e deserdação, pois a inobservância do disposto na CRFB/88 autoriza a exclusão sucessória.

A propósito, foi proposto o Projeto de Lei 118/2010 pelo Senado Federal com o intuito de realizar a compatibilização do Direito Sucessório quanto às hipóteses de exclusão da sucessão. Nesse projeto, as causas de indignidade e deserdação são distintas, mas ambas possuem a mesma essência, qual seja: afastar da herança aquele que rompe o laço afetivo com o hereditando. Merecendo destaque o capítulo referente à privação da legítima, atual denominado deserdação, no qual passa a ser considerado como causa de exclusão da herança o descumprimento das obrigações familiares.

Apresentando uma visão vanguardista no Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem relativizando o entendimento majoritário e atuando ativamente diante da ausência legislativa da matéria em foco ao conferir uma interpretação extensiva às causas de exclusão sucessória, promovendo uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico.

Os julgados proferidos pelo TJ/SP apresentados nesse estudo demonstram uma extrema consonância com as alterações proposta pelo PL 118/2010, como, por exemplo, reconhecer outros crimes além do homicídio doloso como causa de exclusão por indignidade e retirar o desamparo à pessoa portadora de deficiência ou grave enfermidade como causa de deserdação

para tornar uma causa de indignidade, retirando a necessidade de um testamento com tal previsão para que possa ser reconhecida a exclusão sucessória.

Nessa lógica, o direito de receber um patrimônio em decorrência de uma transmissão *causa mortis* não é absoluto. O indivíduo ausente na vida do autor da herança em razão do abandono afetivo não faz jus de se beneficiar com o evento morte. Aqui não se trata de retirar direitos, mas sim de conferir tratamento justo àquele que rompeu os laços afetivos ao descumprir com seus deveres familiares previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, restou confirmada com o desenvolver do presente estudo a possibilidade de exclusão sucessória do herdeiro necessário que abandona afetivamente o autor da herança, como forma de conferir coerência entre as normas constitucionais e as infralegais e, acima de tudo, dar o devido valor ao princípio da afetividade, pedra angular da entidade familiar, com o intuito de se construir uma sociedade verdadeiramente fraterna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Cláudia Fernanda de; SPERIDIÃO, Lucimara Barreto. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Rev. JurisFIB**, São Paulo, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no Direito Sucessório brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Direito Franca**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

BLAZZO FILHO, João. Direito das Sucessões: histórico. **Rev. Jus Navigandi**. Teresina, 2018, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 17 out. 2018.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 118 de 2010**, p.4. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658484&disposition=inline>> Acesso em 22 out.2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p.52.

COSTA, Lucas Cerqueira. **A indignidade no direito das sucessões**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17748> . Acesso em 17 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Is law a system of rules?** In: *The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin. Oxford, Oxford University Press, 1977.

_____. **Taking Rights Seriously**. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões: introdução**. In: ____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 70ª ed. Lisboa: Vozes, 1986.

LASARTE, Carlos, cf. **Derecho de Sucesiones**. Madri: Marcial Pons, 13ª. ed., 2018.

LIMA, Rubiane de. **Manual de Direito das Sucessões**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil. In: **Rev. Sínt. de Dir. Civ. e Proc. Civ.** Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 1ª ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.499. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2033-Codigo-Civil-Comentado-11-edicao-2014-Nelson-Nery-Junior-Rosa-Maria.pdf>>. Acesso em 22 out. 2018.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. **Rev. FMU Direito**. São Paulo, 2011.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970.

POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **O princípio da afetividade no direito de família**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 10 nov. 2018.

TELLES, Inocência Galvão. **Sucessão legítima e sucessão legitimária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e Deserdação**. São Paulo: Editora Servanda, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed., v. 6. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. **O novo direito das sucessões**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.